ad 178

4° Decis.
20 a-2,1

Böhmer

<36639022970016

<36639022970016

Bayer. Staatsbibliothek

Georg Ludwig Böhmers
Weiland Königlich Großbritanniſchen und Churfürſtlich Braunſchweig-Lüneburgiſchen geheimen Juſtitzraths, erſten Profeſſors der Rechte und Ordinarius der Juriſten-Facultät auf der Univerſität zu Göttingen

auserleſene Rechtsfälle,

aus

allen Theilen der Rechtsgelehrſamkeit,

nach

deſſen Tode geſammlet und herausgegeben.

Zweyten Bandes erſte Abtheilung.

Göttingen
im Verlage bey Vandenhoek und Ruprecht
1800.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS

CONSPECTVS
THEMATVM GENERALIVM
Partis primae Tomi ſecundi.

N. 95. Reſp. Sigilla a iudice ex officio impoſita, ſine violatione iurisdictionis priuato auſu eorum quorum intereſt tolli nequeunt, de a. 1760 . pag. 1

N. 96. Reſp. Ad coadiutoriam electum, beneficium quod in eodem capitulum habet retinere poſſe, de a. 1777. - - - 9

N. 97. Deciſio. De ſimonia et crimine ambitus quaedam, de a. 1760. - 14

N. 98. Reſp. De iure diſpenſandi circa matrimonium cum defuncti patrui vidua, de a. 1765. - - - 28

N. 99. Deciſio. Quatenus is qui pro debito ad certum tempus reſtricto fideiuſſit teneatur ſi creditor eo inſcio terminum prorogauit, de a. 1775. - 34

N. 100. Deciſio. Condictio eius quod ex ludo (Lotto) debetur negatur, de a. 1775. - - . - 39

N. 101. Reſp. De filiarum nobilium renunciationibus, et de neceſſitate conſenſus maritalis ad earum validitatem, de a. 1774. - - 43

N. 102. Reſp. Quatenus fructus vltimi anni ex feudo ad heredes allodiales vel ad ſucceſſorem feudalem pertineant, de a. 1781. - - 53

N. 103. Reſp. Quatenus ex teſtamento non extante ſuccedatur, de a. 1771. - 60

N. 104. Reſp. De natura vidualitii per legatum conſtituti, de a. 1788. - 72

N. 105. Reſp. I. De teſtamento ab exemto ſecundum ſtatuta loci condito.
II. De reſtricta coniugis binubi in fauorem ſecundi coniugis diſponendi facultate, de a. 1782. - - - 79

N. 106. De alienatione fidecommiſſi, conſenſu omnium quorum intereſt et ex iuſta cauſſa facta, valida, de a. 1785. - - 91

N. 107. Reſp. De natura et qualitate iuris crediti quod ineſt in feudo pignoratitio, de a. 1770. - - - 98

N. 108. Deciſio. De vi conditionis, non mutandi religionem, heredis inſtitutioni appoſitae, de a. 1789. - - - 104

N. 109. Reſp. De ordine ſuccedendi agnatorum in bona feudalia et ſtemmatica, in caſu lineae extinctae, de a. 1793. - - 109

N. 110. Reſp. De ordine ſuccedendi intre agnatos ex ſola proximitate gradus definiendo, de a. 1769. - - - 118

N. 111. Deciſio. Clericus in alieno territorio degens priuilegiis capituli cui ſubeſt circa condendum teſtamentum vti nequit, de a. 1775. - 123

N. 112. Reſp. De herede in vſufructu, tamquam in re certa inſtituto, deficientibus coheredibus totam hereditatem capiente, de a. 1789. - 127

N. 113. Reſp. I. De iure ſtatuum imperii particulas territorii alienandi.
II. De iure agnatorum bona alienata reuocandi, et de iuribus commiſſionis caeſareae cui adminiſtratio redituum mandata eſt, circa reuocationem alienatorum bonorum, de a. 1772. - 137

N. 114. Deciſio. De vi hypothecae abſque domini conſenſu feudo impoſitae aduerſus tertium feudi poſſeſſorem, de a. 1770. - - 151

N. 115. Reſp. De agnato ex conſenſu in debita feudo impoſita ſubſidiarie tantum obligato, de a. 1760. - - 156

N. 116.

N. 116. Reſp. I. De defectu ſigilli fidem inſtrumenti haud tollente.
II. De natura emtionis annuorum redituum, eorumque praeſcriptione, de a. 1780. - - - 160

N. 117. Reſp. De vſu beneficii inuentarii eiusque vi in abdicanda hereditate, de a. 1772. - - - - 175

N. 118. Reſp. De decimatore non niſi ex neceſſitatis ratione ad reaedificationem eccleſiae obligato, de a. 1769. - - - 185

N. 119. Reſp. I. De iuribus feminarum quae ſub clauſula reſeruatiua renunciarunt.
II. De ſeparatione inter heredes fideicommiſſarios et allodiales quaedam, de a. 1777. - - - 190

N. 120. Reſp. De iure inſpectorem ſiluae conſtituendi domino ſiluae competente, de a. 1783. - - - 204

N. 121. Reſp. I. De effectu laeſionis enormis et erroris in transactionibus.
II. De effectu reſciſſionis ratione bonorum alienatorum, de a. 1783. - - - - 208

N. 122. Reſp. De confirmatione hypothecae in iudicio et praeuia cauſſae cognitione peragenda, de a. 1780. - - 225

N. 123. Reſp. De priuilegii per non vſum amiſſione, de a. 1767. - 232

N. 124. Reſp. De eo quod ſub infeudatione cum ſedibus liberis comprehenſum eſt, de a. 1780. - - - 237

N. 125. Deciſio. Laudemium non debetur a deſcendentibus etſi vnus portionem ceterorum redemerit, de a. 1777. - - 246

N. 126. Reſp. I. De vera natura donationis remuneratoriae.
II. De mandato morte mandantis expirante, de a. 1775. - 249

N. 127. Reſp. Hereditas delata at nondum adita, ad heredes non transmittitur, de a. 1788. - - - - 259

N. 128. Reſp. De legitimatione ad teſtamentum patris inter liberos naturales priuilegiato modo conditum, atque de effectibus legitimationis per reſcriptum principis, de a. 1780. - - - 267

N. 129. Reſp. De iure heredis fiduciarii de bonis ſub ea lege relictis vt quidquid de iis ſuperfuerit reſtituatur, vsque ad quadrantem diſponendi, de a. 1788. - - - - 280

N. 130. Deciſio. De iure potiore, ſimultanee inueſtitis natis, prae receptis, competente, de a. 1773. - - - 284

N. 131. Reſp. I. De natura ſubſtitutionis quaſi pupillaris quaedam.
II. Hereditatem pro parte dementi delatam, nec vero ab eo acquiſitam poſt eius mortem ad coheredes pertinere, de a. 1788. - - - - 291

N. 132. Deciſio. De iure agnatorum, alienationem feudi, per oblationem debitorum feudalium impediendi, de a. 1788. - - 300

N. 133. Deciſio. De iure capituli circa bona ad obedientiam pertinentia, de a. 1789. - - - - 307

N. 134. Reſp. De probatione qualitatis feudalis, de a. 1788. - 313

N. 135. Reſp. De foro vxoris, de a. 1774. - - - 321

N. 136. Deciſio. Contra abſentem *(einen Verſchollenen)* ad priuationem feudi ob neglectam inueſtiturae renouationem agi non poſſe, de a. 1788. 327

Num. 95.

Num. 95.

RESPONSVM.

THEMA GENERALE.

Sigilla a iudice ex officio impoſita ſine violatione iurisdictionis priuato auſu eorum quorum intereſt tolli nequeunt.

ARGVMENTA SPECIALIA.

Species facti et quaeſtio. n. 1.

Rationes dubitandi.

Reſignatione et corruptione ſigillorum falſum committi. n. 2.

Obſignatio in fauorem certarum perſonarum facta, conſenſu omnium quorum intereſt tolli poteſt. n. 3.

Imprimis ſi iudicio obſignanti indicatur. n. 4.

Notarius qui reſignationi priuatae intereſt extra culpam eſt. n. 5

Rationes decidendi.

Heredibus abſentibus hereditas recte a iudicio obſignatur. n. 6.

Obſignatio talis, actus iurisdictionis voluntariae eſt, et res obſignata ſub tutelam publicam redigitur. n. 7.

Reſignatio priuata etſi conſenſu omnium heredum facta ſit, violationem iurisdictionis continet. n. 8.

Sigilla enim a iudice ex officio impoſita priuato auſu tolli nequeunt. n. 9.

Iurisdictio eo magis violatur ſi de reſignatione iam actum eſt. n. 10.

A iure obſignandi decano capituli competente, colligi non poteſt ei competere ius reſignandi. n. 11.

Plures cauſſae conſortes nomine collectiuo agentes, nomina ſpeciatim edere debent. n. 12.

Cuilibet iudicio competit facultas auctoritatem ſuam tuendi. n. 13. 15. 19.

Nec opus eſt plenaria cognitione, nec intereſt vtrum ſubditus an extraneus violauerit iurisdictionem. n. 14.

Contemtus erga iudicium arbitrarie vindicatur. n. 16.

Locator qui rem locauit poſſidere non deſinit. n. 17.

Arreſto impoſito is apud quem res ſunt res arreſto obſtrictas ſeruare debet. n. 18.

Notarius qui officium ſuum actui illicito interponit arbitrarie punitur. n. 20.

Quaeſtionis deciſio. n. 21.

Rechtsgutachten.

Als von dem Domcapitel zu G. uns eine Geſchichts-Erzählung und eine von dem Cammer-Junker und Canonicus M. von F. übergebene Vorſtellung nebſt einer Rechtsfrage zugeſandt und wir unſere in den Rechten gegründete Meinung darüber zu ertheilen gebeten worden; demnach erachten wir nach fleiſſiger u. ſ. w. für Recht: 1

Iſt den 9ten Jan. dieſes Jahrs die verwittwete Frau Geheime-Räthin von F. in der Dom-Curie des Canonicus und Cammer-Junkers von F. verſtorben, und hat darauf der Decanus des Capitels wegen Abweſenheit eines Bruders und einer verheiratheten Schweſter des jetzt gedachten Herrn Canonicus als deſſen Miterben, die in der Curie befindliche Verlaſſenſchaft der verſtorbenen Frau Geheimen-Räthin ſogleich an ihrem Sterbe-Tage unter das gewöhnliche Kirchen-Siegel des Capitels nehmen laſſen. Haben darauf am 30ten Jan. ſämmtliche Erben anfänglich den Decanus durch einen Bedienten um die Entſiegelung, und nach erfolgter Antwort, daß derſelbe nach der bisherigen Obſervanz ſolche einſeitig für ſich nicht erlauben könne, darauf auch das Capitel ſelbſt vermittelſt eines bloß im Namen ſämmtlicher Erben, von einer unbekanten Hand unterſchriebenen Schreibens, worin die gewöhnliche Titulatur an den Herrn Decanus ermangelt, eine gleiche Anſuchung gethan. Iſt darauf in der gewöhnlichen Capitel-Seſſion dieſes Schreiben eröffnet und in Anſehung des unförmlich angebrachten Geſuchs den daſigen Erben gleich bey Anfang der Seſſion, um allenfalls noch während derſelben das gebeſſerte Geſuch anbringen zu können, folgendes Decret zugefertigt worden:

> Werden der ſeeligen Frau Geheime-Räthin von F. Herrn Erben ſich ordentlich dem ſtilo curiae gemäß per memoriale und ſämmtlicher Herrn Erben Unterſchrift melden; ſollte ſofort wegen der Entſiegelung fernere Verfügung geſchehen.

Hat auch hiebey reuerendum capitulum noch die Condeſcendenz gebraucht, dem Herrn Decanus aufzutragen die Entſiegelung ſobald ihm das Memorial decretirter maßen eingereicht würde zu erlauben. Es iſt aber gleichwohl ſolches nicht erfolgt, unerachtet auch der Conferenz-Rath und Canonicus zu L. Herr von F bey einem Beſuche des Herrn Decanus geäuſſert, ſofort etwas ſchriftliches einſenden zu wollen; und haben vielmehr die Erben der Frau von F. des folgenden Tages die Entſiegelung eigenmächtig ſelbſt unternommen und alle mit einander bis auf den daſigen Herrn Canonicus von F., zwey unter daſiger Stadt-Gerichtbarkeit ſtehende Notarien requirirt um der Erbrechung und Abnehmung des Capitel-Inſiegels feyerlichſt mit beyzuwohnen; worauf und als ſolches geſchehen, gedachter Herr Canonicus von F. vor eben dieſen beyden Notarien auf ſeiner Wohnſtube in gedachter ſeiner Curie declarirt hat:

> Daß die Entſiegelung welche von ſeinen reſp. Herrn Brüdern und Frau Schweſtern ohne Beyhülfe des Capitels vorgenommen ſey, wieder ſeine Meinung und Willen geſchehen wäre, er habe inzwiſchen da ſolche Handlung von denſelben vorgenommen worden, ſich ſolcher nicht wiederſetzen können.

Als hierauf gedachte Erben die unternommene Entſiegelung dem Secretair des Capitels unter Zuſendung der Gebühren angezeigt, hat der Herr Decanus dieſes Vorfalls halber das Capitel auſſerordentlich zuſammen berufen, und der mit erſchienene Herr Canonicus von F. hat hiebey das Notariat-Inſtrument dem Herrn Decanus ſelbſt überreicht und ſich hierauf beurlaubt, und iſt demnächſt prouiſorie dem Secretair commit-

committirt worden, auf die Einkünfte des jüngern Herrn von F. wegen zweyer Vicareyen ſowohl, als auch auf deſſen zu hebenden Salz-Gefälle bey daſigem Stadt-Magiſtrat Beſchlag zu legen und iſt darauf folgendes proviſoriſche Decret abgegeben worden.

> Auf das Abſeiten des Herrn Canonicus und Cammer-Junkers von F. eingekommene und verleſene Notariats-Inſtrument decretirt ein Hochwürdiges Domcapitel: daß demſelben das irreſpectirliche und ihm als einem Mitgliede des Collegiums um ſo viel unanſtändigere unförmliche Verfahren, ein bloßes Notariat-Inſtrument ohne Memorial im Capitel ſelbſt zu übergeben, alles Ernſtes zu verweiſen und bey anderweitiger unangenehmer Verfügung aufs künftige zu unterſagen, wonächſt ihm in pto der in ſothanem Notariat-Inſtrumente ausführlich bekannten ungebührlichen Entſiegelung des in ſeiner Curie unter dem Siegel des Capitels geſtandenen Nachlaſſes prouiſorie anbefohlen wird nicht das mindeſte von ſothanen Nachlaß-Effecten, ſie beſtehen worin ſie wollen, bis auf weitere Verfügung aus gedachter ſeiner Curie verabfolgen zu laſſen widrigenfalls er noch hierfür als Beſitzer und Bewohner ſeiner Curie zur beſondern Verantwortung gezogen werden ſoll.

Nachdem hierauf der Canonicus und Cammer-Junker von C. die beygelegte Vorſtellung übergeben, ſo erwächſt hiebey die

Frage:

Was und wie 1) wider ſämmtliche Erben beſonders

2) wider den daſigen Herrn Canonicus von F. ingleichen

3) wider den Vicarius den jüngſten Herrn von F. und denn auch

4) wider die unter daſiger Stadt-Jurisdiction ſtehende Notarien, dem Rechte und der Billigkeit nach vorzunehmen und zu erkennen ſey?

Ob nun wohl ſo viel 1) überhaupt die Beſchaffenheit der in Frage kommenden 2
Begünſtigung betrifft, die eigenmächtige Erbrechung der Gerichts-Siegel auf der einen Seite als ein Falſum angeſehen werden dürfte, cum etiam reſignatione et corruptione ſigillorum falſum committatur.

> L. 2. et 16. D. ad L. Cornel. de falſ.
> *Carpzov* P. II. qu. 93. n. 63. ſq.

auf der andern Seite aber Zweifel eintreten, ob die eigenmächtige Wegnehmung der 4
Gerichts-Siegel bey einer in fauorem certorum heredum geſchehenen Verſiegelung pro violatione iurisdictionis zu halten ſey, allermaßen einige Rechtslehrer der Meinung ſind, daß eine in fauorem certarum perſonarum geſchehene gerichtliche Verſiegelung unter gemeinſchaftlicher Einwilligung der Intereſſenten unternommen werden könne, indem bey der Verſiegelung die Hauptabſicht vorwaltet, daß aller Erben Beſtes befördert werde, und wenn dieſe darin conſentiren daß durch einen Notarius die Entſiegelung geſchehe, bey ſolcher Reſignation auf ein mehreres nicht zu attendiren ſey, als ob die vor-

gedruckten Siegel annoch unverletzt ſeyen, dergleichen Unterſuchung unter Einwilligung aller derjenigen die dabey ein Intereſſe haben eben ſowohl durch einen Dritten als durch den Verſiegler ſelbſt geſchehen könne, und ſolchergeſtalt hiebey keine Abſicht die der Obrigkeit gebührende Achtung zu verletzen vorhanden ſey, welche jedoch bey jeder Handlung die für eine Injurie gehalten werden ſoll, durchaus erforderlich iſt,

Carpzov P. I. dec. 35. n. 12.

wie denn auch Stryk in

Vſu moderno Lib. 28. tit. 8.

und Leyſer in

Med. ad Pand. Sp. 364. M. 5.

geurtheilt, daß durch eine von geſammten Erben geſchehene Entſiegelung der Erbſchaft nichts ſtraffälliges unternommen ſey, ſi enim omnes illi in quorum fauorem ſigilla publica fuerunt impreſſa communi conſenſu ea detraxerint nulla iudici fit iniuria, cum his quae pro ſe introducta ſunt rebus ipſis et factis renunciare poſſint.

C. G. Knorre de obſignatione iudiciali cap. 2. §. 8.

4 Auſſerdem aber 2) bey der von den Erben der Frau von F. unternommenen Entſiegelung inſonderheit in Betrachtung kommen dürfte, daß ſie theils bey dem Herrn Decanus theils bey dem hochwürdigen Capitel ſelbſt um Entſiegelung nachgeſucht, und für ſich anzuführen wiſſen, daß das von ihnen nomine collectiuo der F—ſchen Erben geſchehene Anſuchen dergleichen ſonſt bey großen Höfen angenommen würde, für hinlänglich nicht geachtet, und ſie überdem mit ſolchem Geſuch ad reuerendum capitulum verwieſen worden, da ſonſt die Entſiegelung ſowohl wie die Verſiegelung dem Herrn Dechanten anderwärts priuatiue zuſtehe.

Allenfalls wenn 3) deshalb ex capite violatae iurisdictionis gegen die Erben der Frau von F. verfahren werden ſollte, dennoch dazu cauſae cognitio nöthig ſcheinen dürfte, hiebey aber die Bedenken eintreten, daß theils die auswärtigen Erben der Frau von F. unter des Hochwürdigen Domcapitels Gerichtbarkeit nicht ſtehen, theils dieſe Sache cauſam propriam capituli betreffen will, in cauſa ſua vero nemo iudex eſſe poteſt.

L. pen. D. de recept. arbitr.
L. vn. C. ne quis in ſua cauſ. iudic.

Und ſoviel 4) den Herrn Canonicus von F. betrifft, derſelbe in der übergebenen Schrift vorgeſtellt, daß er an der von ſeinen Miterben unternommenen Entſiegelung keinen Theil genommen, ihnen auch daran Einhalt zu thun nicht im Stand geweſen, und ſich dagegen proteſtando verwahrt habe, im übrigen es ihm als einem Mitgliede des Capitels angeſtanden dem Capitel von dem Vorgange ſelbſt eine Anzeige zu geben, in ſolcher Abſicht auch dem Herrn Dechanten das Notariats-Inſtrument behändigt habe, und daher daß ſolches Betragen keinen Verweis verdient habe zu begründen geſucht, daneben in Anſehung des ihm auferlegten Arreſtes vorgeſtellt, daß das hochwür-

dige

dige Capitel über die ſeinen Miterben angefallene Erbſchaft nicht iudicium competens ſey, und er ſelbſt der Wegführung der Erbſchaftsſachen ſich zu widerſetzen um ſo weniger vermöchte, als ſeine ſeelige Mutter die Dom-Curie in Miethe gehabt und ſolche noch für der ſämmtlichen Erben Rechnung ſtehe, er ſelbſt aber nur als ſubconductor darin wohne.

Endlich 5) ſoviel die zugezogenen Notarien betrifft, dieſe nur, daß ſie der Entſiegelung beyzuwohnen von den von F—ſchen Erben requirirt worden in dem Documente angeführt, und da es Fälle giebt in welchen eine Entſiegelung mutuo heredum conſenſu geſchehen kann ihnen eine Unwiſſenheit von der eigentlichen Bewandniß der Sache zu ſtatten kommen möchte; 5

D. a. u. d. 1) die Verſiegelung der Verlaſſenſchaft der ſeeligen Frau Geheimen-Räthin von F. in Anſehung deſſen, daß dieſelbe in der Dom-Curie des Herrn Canonicus von F. verſtorben, und einige deren Erben abweſend geweſen, nach der beſtändigen Obſervanz in Teutſchland ex officio von dem Herrn Dechanten mit Rechtsbeſtand verhängt worden, dieſe unter dem Kirchen-Siegel des hochwürdigen Capitels geſchehene Verſiegelung, 6

aber 2) eine Handlung der willkührlichen Gerichtbarkeit, die des öffentlichen Anſehns, und der größern Sicherheit halber vorgenommen wird, unſtreitig enthält und durch ſelbige die in der Dom-Curie des Herrn Canonicus befindliche Erbſchaft ſub tutelam publicam capituli genommen worden, ea enim quae ſigillo publico et authentico roborantur, iurisdictionis et autoritatis publicae cauſa fiunt, 7

C. 2. X. de offic. ordin.
C. 2. X. de fid. inſtrum.
Boehmer de fide ſigilli authent. c. 1. §. 5. c. 3. n. 1.

Wohlfolglich 3) die eigenmächtige Eröffnung der Gerichts-Siegel zwar alsdann, wenn ſolche zum Nachtheil der Erben nicht geſchieht, kein Falſum, wohl aber eine Verletzung der Gerichtbarkeit enthält, cum enim publicae ſecuritatis cauſa iudicis auctoritate fiat obſignatio is qui priuato auſu ſigilla amouet iudicis auctoritatem violat, poena arbitraria coercendus. 8

Knorre de obſignat. iudic. c. 2. §. 8.

Und wenn gleich 4) eine unter gemeinſchaftlicher Einwilligung der Erben geſchehene Entſiegelung der Erbſchaft von einigen Rechtsgelehrten für zuläſſig geachtet wird, dennoch dabey der Unterſchied zu beobachten, ob eine Verſiegelung bloß auf Anſuchen der Erben oder ob ſolche ex officio von Obrigkeitswegen geſchehen, und nur bey der erſten Gattung nemlich bey der auf Anſuchung der Erben geſchehenen Verſiegelung eine Aufhebung unter der gemeinſchaftlichen Einwilligung der Erben auch ohne gerichtliche Verfügung ſtatthaft iſt, hingegen bey der andern Gattung, nemlich bey der ex officio verhängten Verſiegelung aber nur allein eine officio iudicis und praeuia cauſae cognitione vorgenommene Entſiegelung zuläſſig iſt, mithin bey dem Gerichte von den Erben 9

geſucht, von ihnen ſelbſt aber eigenmächtig ohne Verletzung der Gerichtbarkeit nicht unternommen werden kann, licet enim nullae res tactae vel ablatae aut damnum nullum datum ſit, laeſa tamen ſatis eſt iudicis auctoritas ſigillis non ſeruatis intactis.

Iac. Lembke de iudiciali obſignatione cap. 5. n. 7.

10 Nach dieſen allgemeinen Gründen aber 5) die in dem gegenwärtigen Falle von den Erben eigenmächtig unternommene Reſignation für eine Verletzung der Domcapitulariſchen Gerichtbarkeit um ſo mehr zu achten, als eines Theils ſie ſelbſt durch die bey dem Decanus und dem Capitel nachgeſuchte Entſiegelung anerkannt haben, daß ſolches auctoritate iudiciali geſchehen müſſe, andern Theils weil ſie durch das von dem hochwürdigen Capitel unterm 30ten Jan. ertheilte Decret auf anderweitiges rechtsbehöriges Anſuchen die fernere Verfügung der Entſiegelung halber zu gewärtigen angewieſen werden, ſolchemnach und da das Capitel vermöge dieſes Decretes die Entſiegelung zu eigener fernern Erkenntniß ausgeſetzt, ſie durch die ſtatt des auferlegten rechtserforderlichen Anſuchens eigenmächtig unternommene Entſiegelung den contemtum der Domcapitulariſchen Gerichtbarkeit auf eine thätige Weiſe an den Tag gelegt.

11 Hierwieder auch 6) das Einwenden daß ſolche auf ihr erſteres Anſuchen von dem Decanus ſolitarie habe verfügt, oder wenigſtens auf das nomine collectiuo der Erben angebrachte Geſuch habe erkannt werden können, ihnen nicht zu ſtatten kömmt, allerwogen daraus das eigenmächtige Verfahren weder überhaupt zu rechtfertigen iſt, noch die davon hergenommenen Beſchwerden gegründet ſind, indem a iure obſignandi decano competente ius decernendi reſignationem als welches cauſae cognitionem erfordert, eben ſo wenig als von der anderwärts üblichen Obſervanz auf die daſige auf das Gegentheil gehende Obſervanz eine richtige Folge zu ziehen, ſodann bey dem Nachſu-
12 chen um die Entſiegelung ein gedoppelter Mangel eingetreten, und theils die gewöhnliche und ihnen nicht unbekannte Titulatur an den Herrn Decanus theils die ſpecielle Unterſchrift der ſämmtlichen Erben ermangelt, gleichwohl die gebetene Entſiegelung als ein actus anzuſehen, bey welchem das Gericht der ſonſt zu ſuchenden Schadloshaltung halber von der Einwilligung aller dabey intereſſirten Perſonen genaue und ſichere Wiſſenſchaft haben muß, und überdem bey allen gerichtlichen Handlungen die Rechte mit ſich bringen, quod plures cauſae conſortes collectiuo nomine agentes nomina ſpeciatim edere teneantur.

Meuius P. IV. dec. 62.
Gail obſ. lib 1. obſ. 50.

13 Im übrigen 7) die Rechte ein jedes Gericht ad tuendam iurisdictionem und zu ſelbſteigener Ahndung einer offenbar verletzten Gerichtbarkeit berechtigen

C. 11. X. de poenis.

haec enim cauſa non eſt iudicis propria ſed reipublicae et iudicii pro honore et auctoritate conſeruanda vindicta, quam ſicut etiam iurisdictionem ſuam poenali iudicio tueri ad officium et ius magiſtratus pertinet

L.

L. vn. D. ſi quis ius dic. non obtemper.
Meuius P. IX. dec. 108. n. 3.
Pufendorf de iurisdict. Germ.
Gail lib. 1. obſ. 39.

auch dabey weder eine förmliche Unterſuchung nöthig iſt, noch auch in Betracht deſſen, 14
daß auctoritas iudicii gegen die Verletzungen eines jeden, auch eines Fremden in geſi-
chertem Anſehen ſtehen muß, es dabey darauf ankommt, ob ſolches von einem Frem-
den geſchehen, ſi enim iniuriae officio aut huius ratione illatae notoriae ſunt, eas ipſe-
met vindicare poteſt, nec eae longo proceſſu indigent, nec diſcrimen inter ſubditos et
exteros conſtituendum eſt

Meuius P. IX. dec. 108. n. 4. 5.

Vſu fori enim ſequimur regulam quae delinquentis forum facit, vbi deliquit, ſiue ſub-
ditus ſiue extraneus ſit

Meuius P. IX. dec. 112. n. 2. 3.

Solchemnach 8) das Capitel auch in dem gegenwärtigen Falle über die violatam 15
iurisdictionem ſelbſt zu erkennen und die nicht geachtete obſignationem durch ein ge-
ſchärfteres Mittel vermittelſt des an der qu. Verlaſſenſchaft gelegten Arreſtes geltend
zu machen berechtigt geweſen, nicht weniger auch ſolches Vorgangs halber eine poe-
nam arbitrariam zu beſtimmen, und den Erben eine dem hochwürdigen Capitel zu er-
ſtattende ſchriftliche Abbitte oder eine Geldbuße aufzulegen, und bis ſolches bewürkt
worden den bereits angelegten Arreſt zu beſtätigen wohl befugt iſt,

und ſoviel 9) den Canonicus und Cammer-Junker von F. betrifft die von ihm 16
bey dem qu. Vorfalle eingelegte Proteſtation, worin er in bedenklichen Ausdrücken ſei-
nen Miterben bey ihrer Thathandlung eine größere Achtung als den domcapitulari-
ſchen Verfügungen beylegt, mehr eine mildere Art des contemtus iurisdictionis in ſich
faßt, als daß ſie ihn, da er als Beſitzer der Dom-Curie die darin geſchehene domca-
pitulariſche Verfügungen aufrecht zu erhalten, und deren Verletzung durch eine in con-
tinente geſchehene Anzeige zu behindern ſchuldig geweſen, zu einer Exculpation zu ſtat-
ten kommen kann, inſonderheit aber die von ihm in der ſeſſione capituli ſelbſt geſchehene
Einreichung des anſtößigen Notariats-Inſtruments mit der Achtung ſo er dem Dom-
capitel ſchuldig am wenigſten ſich vereinigen läßt und auf dergleichen Art und Weiſe
von einem Mitglied keine freundſchaftliche Anzeige, wohl aber eine Geringſchätzung
der gerichtlichen Verfügungen an den Tag gelegt wird, und bey ſo bewandten Umſtän-
den Rev. Capitulum durch das bereits ertheilte decretum prouiſorium contemtum iu-
dicii zu vindiciren befugt geweſen ſolches auch zu Aufrechthaltung der gerichtlichen
Auctorität für hinlänglich zu halten, und daher nunmehr daſſelbe, der von dem Ca-
nonicus von F. angebrachter unerheblichen Einwendungen unerachtet nochmahls zu be-
ſtätigen berechtigt iſt,

Dane-

17 Daneben 10) die von dem Cannonicus von F. gegen den durch ebengedachtes
Decret angelegten Arreſt gemachte Einwendungen unerheblich ſind, anerwogen wenn
gleich derſelbe vor jetzt in der ihm iure beneficii angewieſenen Dom-Curie als ſubcon-
ductor wohnt, dennoch derſelbe dadurch ſolche iure beneficii zu beſitzen nicht aufhört,
vielmehr ſolche per conductores beſitzt, mithin der Arreſt auf die in der Dom-Curie
18 befindliche Verlaſſenſchaft bey demſelben mit Beſtand angelegt werden können, und
derſelbe iure obſequii quo capitulo obſtringitur ſolchen zu halten und für deren Ver-
wahrung zu ſtehen verbunden iſt, is enim apud quem arreſtum rebus impoſitum eſt in-
ſtar ſequeſtri et depoſitarii ſe habet, et ad eam curam atque diligentiam tenetur quam ille
praeſtare debet.

Meuius de arreſtis cap. 15. n. 64.

19 Hiernächſt ſoviel 11) den Vicarius von F. betrifft, auſſer den vorangeführten
Gründen noch dieſes inſonderheit eintritt, daß derſelbe unter der mit unternommenen
Verletzung der Gerichtbarkeit die beſondern dem Hochwürdigen Domcapitel ſchuldigen
Pflichten überſchritten mithin das Capitel ſolches gegen ihn durch eine auferlegte Ab-
bitte oder Geldbuße iuſto arbitrario zu ahnden und ſolches durch die bereits eingezoge-
nen Revenüen in Effect zu ſetzen befugt iſt.

20 Im übrigen 12) ſoviel die beyden Notarien anlangt dieſe theils in dem von ih-
nen verfaßten Inſtrumente daß ſie zu der von den von F-ſchen Erben vorzunehmen-
den Entſiegelung beyzuwohnen gefordert und erſchienen ſeyen, ſelbſt eingeräumt haben,
theils in der darin atteſtirten Proteſtation des Herrn Canonicus von F daß gedachte
Entſiegelung ohne Beyhülfe, wie der ungeſchickte Ausdruck lautet, des hochwürdigen
Capitels und wider ſeine Meinung und Willen geſchehen und er ſolcher ſich nicht wi-
derſetzen können, ſelbſt angeführt haben, mithin am Tage liegt, daß ſie von der Be-
ſchaffenheit und von den Umſtänden der geſchehenen Verſiegelung und der ohne Aucto-
rität des Capitels von gedachten Erben eigenmächtig zu unternehmenden Entſiegelung
Wiſſenſchaft gehabt, wohlfolglich zu Bedeckung eines actus illiciti et ad violationem
iurisdictionis tendentis das officium notariale in offenbaren Misbrauch gezogen, und
deshalb eine gebührende Beſtrafung verwirkt, gleichwohl da ſolche unter des Stadt-
Magiſtrats Jurisdiction ſtehen, und dem Reu. capitulo in Anſehung ihrer an mediis
cogendi es ermangelt, die von ihnen unternommene Begünſtigung ihrer ordentlichen
Obrigkeit anzuzeigen und ſolche um die gebührende Beſtrafung zu requiriren iſt, auch
demnächſt dabey dem reu. capitulo ſein Misfallen durch deren Ausſchließung von
allen unter der domcapitulariſchen Jurisdiction vorkommenden Handlungen zu bezei-
gen unbenommen verbleibt.

Als halten wir in den Rechten dafür:

Daß reuerendum Capitulum die durch die von den von F—ſchen Erben ei-
genmächtig unternommene Entſiegelung geſchehene violationem iurisdictionis
ſine forma proceſſus ſelbſt zu ahnden, und deshalb den daran Theil nehmenden
Erben und unter dieſen auch dem Herrn Vicarius von F. eine dem Hochwürdi-
gen

gen Dom-Capitel abzugebende ſchriftliche Deprecation oder eine Geldbuße nach eigenem richterlichem Ermeſſen per decretum aufzuerlegen und bis ſolches geſchehen, die auf die qu. Verlaſſenſchaft ſowohl, als auf die qu. Vicariats-Revenüen angelegten Arreſte fortzuſetzen, nicht weniger das gegen den Canonicus und Cammer-Junker von F. bereits abgelaſſene decretum prouiſorium des von demſelben eingebrachten unerheblichen Einwendens ungehindert zu beſtätigen wohl befugt, im übrigen ſo viel die beyden unter der Stadt-Juris-diction ſtehenden Notarien anbelangt dem Reu. capitulo den von dieſen begangenen abuſum officii notarialis ihrer Obrigkeit anzuzeigen und deren gebührende Beſtrafung zu requiriren unbenommen verbleibt. 1760.

Num. 96.

RESPONSVM.

THEMA GENERALE.

Ad coadiutoriam electum, beneficium quod in eodem capitulo habet, retinere poſſe.

Argvmenta specialia.

Quaeſtio propoſita. n. 1.

Rationes dubitandi.

Qui nouum beneficium ſuſcipere vult, id quod iam habet amittit. n. 2.

Nemo in eodem capitulo duo beneficia habere poteſt. n. 3.

Ius canonicum in cauſis beneficialibus inter proteſtantes valet. n. 4.

Peculiari obſeruantia opus eſt, vt epiſcopus in eodem capitulo praebendam retinere poſſit. n. 5.

Rationes decidendi.

Coadiutoria quid. n 6.

Pro vero beneficio eccleſiaſtico haberi non poteſt. n. 7.

Leges quae plurium beneficiorum poſſeſſionem prohibent ad eam applicari nequeunt. n. 8, 13.

Coadiutorias cum ſpe ſucceſſionis ius canonicum ignorat n. 9.

Earum iura ex obſeruantia ſunt diiudicanda. n. 10.

Iuris canonici prohibitio ad beneficia incompatibilia reſtringitur. n. 11.

Cum nouo beneficio prouiſus ad prioris reſignationem non prius obſtrictus eſt, quam fructibus ſecundi fruitur. n. 12.

Coadiutor beneficio quod iam habet tum ſe abdicare debet cum ad adminiſtrationem capituli obligatus eſt. n. 14.

Coadiutor ad adminiſtrationem et reſidentiam in regula obligatus non eſt. n. 15.

Quaeſtionis deciſio. n. 16.

Rechtsgutachten.

Als über die Frage:

1 Ob eine Decaniſſin eines proteſtantiſchen Hochſtifts wenn ſie in demſelben Stift zur Coadjutorin gewählt wird, verbunden ſey, ihre in ſolchem Stift habende Decanat-Präbende zu reſigniren?

unſer rechtliches Gutachten erbeten worden, demnach erachten wir den Rechten gemäß zu ſeyn:

2 Ob wohl folgende Gründe mit einigem Anſchein dafür angeführt werden dürften, daß eine Decaniſſin eines Hochſtifts, wenn ſie in demſelben Stift zur Coadjutorin gewählt wird, zur Niederlegung der Decanat-Präbende für verpflichtet zu halten,

Inmaßen 1) die gemeinen geiſtlichen Rechte verordnen, daß wenn jemand ſchon mit einem beneficio verſehen iſt, derſelbe ein angetragenes neues Beneficium oder Prälatur anders nicht als mit Niederlegung der erſtern Pfründe annehmen, oder daß er ſonſt des erſtern ipſo iure für verluſtig zu achten ſey, gewärtigen ſolle,

c. 28. X. de praeb.
c. 32. eod. in 6.

3 Gedachte Rechte auch 2) in Gemäsheit deſſen noch beſonders verfügen, daß ein prouiſus in eben demſelben Stifte neben dem ältern beneficio ein neues zugleich nicht annehmen dürfe und dieſerhalb ein Stifts-Herr in dem

c. 9. X. de conceſſ. praebend.

nachdem er in demſelben Stift zum Probſt gewählt worden, zur Niederlegung ſeiner vorigen Pfründe angewieſen, und die dabey vorgeſchützte Gewohnheit, nach welcher ein prouiſus in demſelben Stift mehrere Pfründen beſitzen könne verworfen, ſolches auch in

c. 1. de conſuetud. in 6.

erneuert worden.

4 Gleichwohl 3) an der geſetzlichen Kraft und Gültigkeit dieſer Canoniſchen Rechte in evangelichen Stiftern deshalb kein erhebliches Bedenken eintreten mag, weil vorgedachte Verordnung die Rechte und Verleihung der geiſtlichen Pfründen und Prälaturen betrifft, bey welchen das canoniſche Recht, als ein gemeines Recht, ſeine unzweifelte Anwendung findet,

Moſers Staatsrecht B. I. C. 31. §. 8.
Speners teutſches Staatsrecht Th. I. B. 1. C. 12.

Und daraus 4) die Folge erwachſen möchte daß auch eine Decaniſſin in einem evangeliſchen Stifte, wenn ſie in demſelben zur Coadjutorin gewählt wird, zur Niederlegung der Decanat-Präbende verpflichtet ſey,

Be-

Bevorab wenn gleich 5) an Beyſpielen es nicht fehlt, daß ein Biſchof zugleich 5
in dem Domcapitel ſeines Hochſtifts ein Mitglied bleiben und in dieſer Eigenſchaft in dem Capitel Sitz und Stimme führen kann

c. 15. X. de conceſſ. praebend.
c. 11. de appell. in 6.

ſolches dennoch jederzeit auf einer beſondern Stifts-Verfaſſung beruht, davon auf andere Stifter in Ermangelung einer ähnlichen Verfaſſung eine ſichere Folge um ſo weniger gezogen werden mag, als ſie eine Ausnahme von der in geiſtlichen Rechten gegründeten Regel enthält;

D. a. u. d. der in Frage ſtehende Fall die Wahl einer Decaniſſin zur Coadjutorin 6
in eben demſelben Hochſtifte betrifft, bey welcher weder die angezogenen Verordnungen der canoniſchen Rechte noch auch deren Gründe eine rechtliche Anwendung leiden,

Inmaßen 1) eine Coadjutorie zu einem Stift oder Hochſtift eine ſolche Art der Proviſion iſt, in welcher eine Vergebung und Benennung zur Prälatur auf den Fall der Erledigung derſelben enthalten, und dadurch eigentlich das Recht der Nachfolge in der Prälatur nach hergebrachter Obſervanz vermittelſt der Wahl ertheilt wird,

Und eben deshalb 2) eine Coadjutorie auf eine Prälatur weder für ein wahres 7
beneficium eccleſiaſticum, noch auch für eine Prälatur ſelbſt gehalten werden kann, weil ſie mit der zur Prälatur gehörigen adminiſtratione in ſpiritualibus et temporalibus nicht verknüpft iſt, ſondern nur ein Recht zur Prälatur auf den künftigen Erledigungsfall des Stifts ertheilt coadiutoria enim quocunque modo concedatur ſiue cum iure ſuccedendi in beneficio ſiue ſine iure ſuccedendi non eſt beneficium nec etiam dignitas vel praelatura,

P. Leurenius de vicar. epiſc. tract. II. de coadiutoriis qu. 316. 317.

Dieſemnach 3) weder die Verordnung der geiſtlichen Rechte nach welcher ein 8
prouiſus mehrere beneficia nicht zugleich übernehmen ſoll, bey der Annehmung einer Coadjutorie Anwendung leidet,

Noch auch 4) die Gründe ſolcher Verordnung ſich auf dieſe erſtrecken laſſen, weil ſelbige bloß darin beſtehen, daß ſo wenig ein prouiſus mehrere geiſtliche Aemter und Würden zugleich zu führen vermag, eben ſo wenig derſelbe die damit verknüpften beneficia genieſſen ſolle, ſolches aber auf eine Coadjutorie welche ihrer Art und Eigenſchaft nach weder ein würkliches geiſtliches Amt, noch auch ein dazu gelegtes beneficium enthält, ſich gänzlich nicht anwenden läßt,

Gleichwohl 5) bey dem in Frage ſtehenden Falle bloß und allein darauf, ob ge- 9
dachte Verordnung dabey in Anwendung gezogen werden kann, es um ſo mehr ankommt, da in den Canoniſchen Rechten an beſondern Verordnungen welche die coadiutorias cum ſpe ſucceſſionis und deren Rechte beſtimmen, es ermangelt, dieſe Art der Verleihung hingegen erſt mit dem Ablauf des 13ten Jahrhunderts durch die über die Stifter angemaßte freyere päbſtliche Verfügung in Gebrauch gebracht, und durch eine dar-

daraus erwachſene Obſervanz nicht allein bey katholiſchen Stiftern in Uebung gezogen, ſondern auch nach der bereits hergebrachten Obſervanz bey Evangeliſchen Stiftern beybehalten worden

I. H. Boehmer in iur. eccleſ. lib. 3. tit. 6. §. 8. et. 22.
Io. Wilh. Steck de coadiutoribus praeſulum Germaniae §. 7.

10 folglich die Rechte der Coadjutorie bey Stiftern bloß nach ihrer auf gemeiner Reichs-Obſervanz beruhenden Natur und Eigenſchaft, nach welcher ſie ein durch die Wahl verſichertes Recht der Nachfolge in dem Stift würken, zu beurtheilen ſind, hingegen nach den Rechten eines beneficii eccleſiaſtici oder würklich erhaltener Prälatur nicht beurtheilt werden können,

11 Ueberdem 6) obgedachte Verordnung der Canoniſchen Rechte nach welcher einem prouiſo das ältere Beneficium bey Annehmung des jüngern niederzulegen auferlegt iſt, nach dem beſtändigen ſelbſt unter Katholiken hergebrachten Gerichtsgebrauche eines Theils nur von ſolchen beneficiis angenommen wird, welche neben einander nicht beſtehen können und deshalb incompatibilia genennt werden,

Fagnanus in comm. ad decret ad c. 18. X. de praeb. n. 39.
Coruinus de benef. lib. 9. tit. 4.

12 andern Theils ein prouiſus durch Annehmung eines neuen beneficii zur Niederlegung des ältern ehe nicht verbunden geachtet wird als bis derſelbe zur völligen Hebung der Nutzungen aus dem angenommenen jüngern beneficio gelangt,

C. 26. de praeb. in 6.
Garcias de benef. P. II. c. 1. 4. 105. ſq.
Barthel diſſ. 3. de concord. Germ. c. 2. n. 16.

13 Folglich wenn auch 7) eine Coadjutorie gegen deren Art und Eigenſchaft nach den Rechten eines beneficii eccleſiaſtici beurtheilt werden könnte, dennoch eine Decaniſſin bey dem in Frage ſtehenden Falle der auf ſie gefallenen Coadjutorie-Wahl, ihre Decanat-Präbende niederzulegen nicht würde ſchuldig geachtet werden können, weil eines Theils die Würde einer Coadjutorin mit dem in dieſem Stifte zu führenden Decanat völlig beſtehen, und die Decaniſſin als erwählte Coadjutorin, die Obliegenheiten des Decanats unabbrüchlich erfüllen kann, mithin beyde neben einander als incompatibilia nicht anzuſehen, andern Theils eine erwählte Coadjutorin vor erfolgter Erledigung des Hochſtifts zur Hebung der Stifts-Revenüen nicht gelangt, und gleichwohl ein prouiſus vor deren erhaltener vollen Hebung das ältere Beneficium niederzulegen in

cit. C. 26. de praeb. in 6.

nicht ſchuldig geachtet wird, wie denn auch deshalb einem Coadjutor in den katholiſchen Hochſtiftern nur erſt alsdann, wenn er kraft der Coadjutorie zur würklichen Nachfolge im Hochſtift gelangt, die Reſignation der bisher gehabten Stifter zu bewürken auferlegt zu werden pflegt,

Moſers Staatsrechts drittes Buch c. 50. §. 20. tom. XII. p. 68.

Die-

Dieſem allen zu Folge 8) die ſtrengſten Rechtslehrer einen Coadjutor nur alsdenn 14
zur Niederlegung des ältern beneficii für verbunden achten, wenn die Coadjutorie mit
einer würklichen Verwaltung des Stifts verknüpft iſt, und reſidentiam perſonalem er-
fordert, cum hoc caſu ſimul retineri non poſſint quorum obligationibus ſimul ſatis fieri
nequit

P. Leurenius l. c. qu. 321.

welches aber bey dem gegenwärtigen Falle nicht ſtatt hat, da bey den proteſtantiſchen 15
Stiftern eben ſowohl, als bey katholiſchen Stiftern die Coadjutorie nur auf die künf-
tige Erledigung des Stifts gerichtet wird, und ſolche nicht einmahl mit einer Verbind-
lichkeit ad reſidentiam verbunden iſt,

Boehmer l. c. §. 23. n. 5.

Aus dieſem allen aber 9) die vorangeführten Zweifels-Gründe weil ſie auf vor-
ſtehenden Fall keine Anwendung leiden von ſelbſt ſich erledigen, und wie es Fälle gibt,
daß ein Biſchof nach wirklich erlangtem Hochſtift nichts deſto weniger ein Mitglied des
Domcapitels bleiben kann, um ſo mehr eine Coadjutorin welche nur als eine durch
Wahl benannte Nachfolgerin im Stift anzuſehen iſt, die Stelle einer Decaniſſin fer-
nerhin zu führen, und die Decanats-Präbende während der habenden Coadjutorie bey-
zubehalten für berechtigt zu halten.

Als ſind wir dieſem allem zu Folge der rechtlichen Meinung: 16

Daß eine Decaniſſin eines proteſtantiſchen Hochſtifts wenn ſie in demſelben Stift zur Coadjutorin gewählt wird, ſo wenig vermöge ausdrücklicher Verordnung der Rechte als aus ſonſt einem Rechtsgrunde verbunden ſey ihre in ſolchem Stift habende Decanat-Präbende zu reſigniren, 1777.

Num. 97.

DECISIO.

THEMA GENERALE.

De ſimonia et crimine ambitus quaedam.

ARGVMENTA SPECIALIA.

Deciſio. n. 1.

Quaeſtio prima. n. 2.

Rationes dubitandi.

Simoniae crimen per conſuetudinem, et per ſcientiam et approbationem principis excuſatur. n. 3.

Princeps euangelicus qui munera eccleſiaſtica accepto pretio confert ſimoniam non committit. n. 4.

Poena extraordinaria adhibenda eſt vbi extraordinariae occurrunt circumſtantiae. n. 5.

Quilibet qui munus publicum mercatur puniendus eſt. n. 15.

Rationes decidendi.

Quicumque officia eccleſiaſtica pecunia redimit, ſimoniae reus eſt. n. 6.

Quod inter proteſtantes pleniſſime applicandum. n. 7.

Simoniam committit, qui amicis propinquisue interuenientibus pecuniam pro officio ſoluit. n. 8.

Nec per obſeruantiam excuſatur prauus mos. n. 9. 10.

Nec licet principi euangelico talem morem ſaluti eccleſiae contrarium introducere. n. 11.

Qui ipſi pro officio pretium ſoluerunt ab eo remouendi ſunt. n. 12.

Quae poena per diſpenſationem mutari poteſt. n. 13.

Ibique imprimis ratio habenda eſt, vtrum ipſi dederint pecuniam nec ne, et vtrum ceterum digni indigniue ſint. n. 14.

Qui pro obtinendo munere ciuili pecuniam conſiliariis ſoluunt poenam merentur. n. 16.

Qui principi ipſi pecuniam ſoluunt culpa et crimine carent. n. 17.

Succeſſor in principatu vero officiales qui munera pro pecunia acceperunt recte dimittit. n. 18.

Quaeſtio ſecunda. n. 19.

Ratio dubitandi.

Fas eſt eos qui ſuffragium tulerunt remunerari. n. 20.

Rationes decidendi.

Mediator et interuentor perinde ac auctor ſimoniae puniendus eſt. n. 21.

Nundinatio officiorum ciuilium quoque punienda eſt. n. 22.

Criminis repetundarum reus eſt, qui vt officium ſuum faiat pecuniam accipit. n. 23

Ius ſuffragii non verſatur circa munera publica ſed circa deſideria priuata ſupplicantium. n. 24.

Fiſco cedunt quae per delictum acquiſita ſunt. n. 25.

Inculpatio ſociorum delicti eſt indicium quod ad vlteriorem inquiſitionem ſufficit. n. 26.

Quod eo grauius eſt ſi plures conformiter deponunt, et ipſa confeſſio in certis cauſſis accedit. n. 27.

Heredes

Heredes ad reſtitutionem lucri turpis quidem obligati ſunt, puniri vero non poſſunt. n. 28.

Quaeſtio tertia. n. 29.

Ratio dubitandi.

Qui non eſt puniendus ad ſumtus inquiſitionis obligatus non videtur. n. 30.

Ratio decidendi.

Sumtus inquiſitionis ii ferre debent, qui culpa ſua ad inquiſitionem occaſionem dederunt. n. 31. 32.

Concluſio. n. 33.

Quaeſtio quarta. n. 34.

Rationes dubitandi.

Ad allodium principis pertinet id quod tanquam priuatus poſſidet, et iuſto modo acquiſiuit. 35.

Princeps intuitu eius quod contra ſalutem publicam facit tanquam priuatus conſiderandus eſt. n. 36.

Rationes decidendi.

Bona allodialia principum magis ex qualitate bonorum quam ex titulo acquiſitionis aeſtimantur. n. 37.

Princeps euangelicus in cauſſis eccleſiaſticis ſuperiorem non habet. n. 38.

Contra heredes actio non competit, quae contra defunctum non competebat. n. 39.

Quaeſtionis deciſio. n. 40.

Urtheil.

Als uns die in Betreff des bey der vorigen Regierung zu X. vorgegangenen Verkaufs geiſt- und weltlicher Dienſte geführten commiſſariſchen Unterſuchungsacten zugefertigt und nach Erforderung der in dem fürſtlichen commiſſoriali beſtimmten drey Fragen unſere in den Rechten gegründete Meinung vermittelſt eines Urtheils und beigefügter Erörterungsgründe zu ertheilen begehrt, demnach erkennen wir für Recht:

Daß diejenigen, welche nach ihrem eignen abgelegten Geſtändniſſe durch Geld zu 1
geiſtlichen Kirchen- und Schuldienſten ſich theils ſelbſt eingekauft, theils ſolches durch die Ihrigen und andere bewirken laſſen, der auf ſolche Weiſe erkauften Dienſte, zu Folge der gemeinen Kirchen-Rechte zu entſetzen, es wollten dann Sr. Hochfürſtlichen Durchlaucht in Betracht des allgemein geweſenen Uebels und anderer dabey eintretender Umſtände ihnen Gnade angedeihen laſſen und gegen den verwirkten Verluſt ihrer Dienſte gnädige Diſpenſation ertheilen, ſo genöſſen diejenigen, welche ihren Dienſten vorzuſtehen tüchtig erachtet werden ſollten, ſolches dahin billig, daß diejenigen, welche zu der Erhandlung der Dienſte unmittelbar nicht concurrirt haben, zwar bey ihren Dienſten zu laſſen, jedoch einem jeden vermittelſt einer neuen Verleihungs-Urkunde unter ernſtlicher Verweiſung des eingegangenen ſündlichen und ärgerlichen Dienſt-Erkaufs, der Dienſt von neuem zu verleihen, diejenigen aber, ſo zu dem Dienſt-Ankauf unmittelbar concurrirt, theils von ihren Dienſten und den damit verknüpften Einkünften auf einige Monathe nach Ermeſſen der Umſtände zu ſuſpendiren, theils auf andere und geringere Pfarr- und Kirchen-Dienſte nach ihren Fähigkeiten zu translociren, und dergeſtalt das in der Kirche erwachſene Aergerniß zu heben;

So viel aber diejenigen betrifft, welche in weltliche Dienſte ſich eingekauft, ſo ſind unter ihnen ſolche, ſo einem oder dem andern der fürſtlichen Räthe und Bedienten ihrer zu erlangenden Dienſte halber Geld gereicht, mit einer nach richterlichem Ermeſſen zu beſtimmenden Geld-Strafe zu belegen, diejenigen aber, welche allein in die

die fürſtliche Chatoulle Behuf Erlangung der Dienſte, Geld erlegt, mit einer Strafe zwar zu verſchonen, jedoch Sr. Hochfürſtlichen Durchlaucht, die auf eine, mit dem Wohl des Landes ſtreitende Art und Weiſe ertheilte Verleihung der Dienſte zu genehmigen und zu halten nicht verbunden, ſondern und inſonderheit diejenigen, ſo ihrer Dienſte unfähig geachtet werden ſollten, ihrer Dienſte zu entlaſſen wohl berechtigt; Da auch ferner die Acten ergeben, daß verſchiedene bey obgedachtem Dienſt-Verkaufe wücherlichen Handel getrieben, und für ſich dabey Geſchenke genommen haben, und deſſen inſonderheit der verſtorbene Rath B. beſchuldigt worden, dieſer auch ſolches in dem übergebenen Verzeichniſſe zum Theil eingeräumt; ſo iſt auch gegen ſolche und gegen des gedachten Raths B. Erben deshalb mit Recht ſeine fiscaliſche Klage anzuſtellen, worauf alsdann und wenn ſie daraus zur Genüge gehört worden, ſowohl der Zurückgabe der angenommenen Geſchenke und der Koſten halber, als auch reſpective ihrer Beſtrafung wegen, ferner ergeht was Recht iſt. Uebrigens ſind diejenigen, welche ſowohl in geiſtliche als in weltliche Dienſte ſich eingekauft, alle durch dieſe Unterſuchungs-Commiſſion verurſachte Unkoſten zu ihren Antheilen zu erſtatten verbunden.

Zweifels- und Entſcheidungs-Gründe.

Ob wohl, ſo viel die

Erſte Frage:

2 Ob nicht diejenigen, welche ſich nach ihrem eigenen in dieſen Acten befindlichem Geſtändniſſe durch Geld zu geiſt- und weltlichen Dienſten ſelbſt eingekauft oder es durch die Ihrigen und durch andere bewirken laſſen, der dadurch erlangten Dienſte zu entſetzen, oder ob nicht wenn ja einige, die den Dienſten vorzuſtehen tüchtig erachtet werden ſollten, beybehalten werden, ſelbige zu Erlegung einer willkührlich zu beſtimmenden, wenigſtens der für den erkauften Dienſt vorhin unerlaubt gezahlten Summe, gleich kommende Geld-Summe, ſo ad pias cauſas oder in vtilitatem publicum zu verwenden, anzuhalten?

3 und zwar deren erſten Satz, die Erhandlung der geiſtlichen Dienſte betreffend, anbelanget, die in beyden voluminibus actorum coram commiſſione vernommenen geiſtlichen Kirchen- und Schulbedienten die gemeine Entſchuldigung für ſich angebracht, daß die Erlegung einer Summe Geldes für die geiſtlichen Dienſte dergeſtalt üblich und nothwendig geweſen, daß kein anderer Weg als auf dieſe Weiſe, zum Dienſt zu gelangen offen geblieben, allermaaßen inſonderheit der Pfarrer H. daß er ſich öfters zum Dienſt gemeldet, und weil nichts helfen wollen, er ſich an den Rath B. wenden, und nach deſſen Rath und Anforderung Geld geben müſſen, ferner der Pfarrer P. daß der Rath B. gegen ihn ſich erklärt, daß er ohne Geld dazu nicht gelangen könne, auch die Pfarrer F. und M. daß ſie von dieſem die Bedeutung empfangen, es ſey kein anderer Weg, als durch Erlegung einer Geld-Summe zum Dienſte zu gelangen, der Pfarrer

1. daß Sereniſſimus p. m. ſelbſt ihn an den Rath B. verwieſen, und dieſer die Erlegung des Geldes angerathen, der Pfarrer S. daß das remedium ſpurium einmahl üblich geweſen, der Pfarrer T. daß der gemeine Ruf wohl einen jeden bewogen haben dürfte, etwas zu bieten, der Pfarrer R. daß ſeine Beförderung, da er anfänglich zu nichts ſich erboten ins Stecken gerathen, und er darauf ſich gezwungen geſehen, der Pfarrer A. daß er von dem Rath B die categoriſche Reſolution erhalten, daß es ohne Geld nicht ginge, und unerachtet er als ein zweymahl Abgebrannter von allen Mitteln entblößt geweſen, er dennoch des Raths B. ausdrückliche Forderung von 300 Thlr. eingehen und dieſe erborgen müſſen, ſo er bis hieher noch nicht wieder bezahlen können, der Pfarrer B. daß ein anderer ſchon auf die Pfarre ein Gebot gethan und er daher ein gleiches thun müſſen, wenn er zum Dienſt habe gelangen wollen, der Schul-Subſtitut H. daß nachdem er einigemahl mit einem Dienſtgeſuch abgewieſen worden, ihm ein Dritter angerathen, daß wenn er wieder was ſuchen wollte er Geld mitbringen müſſe, der Pfarrer D. daß er vielfältig ſchriftlich und mündlich ſich gemeldet, der Rath B. ihm aber zu verſtehen gegeben, daß er ohne Geld-Erlegung zu einem Dienſt nicht gelangen würde, dergleichen noch viele andere Kirchen- und Schulbediente ein gleiches bey ihrem Verhöre coram commiſſione für ſich anzuführen gewußt haben, und dann dieſe Entſchuldigungen theils durch eine Art der Gewohnheit, welche auch ſonſt bey der Simonie nicht auſſer Abſicht genommen wird,

c. 42. X. de ſimonia.

theils inſonderheit aus der Nachſicht, dem Vorwiſſen und der Bewilligung des verſtorbenen Landesherrn gerechtfertigt werden dürfte, als unter welcher einige zur Erlegung einer Geld-Summe für die Dienſte ſich freywillig erklärt, andern ſolche vorgeſchrieben und auferlegt worden, daraus aber die Folge gezogen werden dürfte, daß diejenigen, welche unter Auctorität eines regierenden Landesherrn dergleichen Handlungen unternommen, wenigſtens in foro externo von dem reatu criminis frey zu ſprechen und daraus eine impunitatem erlangt haben möchten, bevorab hiebey in Erwägung kommen will, daß die Natur und Eigenſchaft des criminis ſimoniae vornehmlich 4
in dem ambitu eccleſiaſtico, und deſſen auf den Verluſt des Dienſtes geſtellte Strafe auf der Verordnung der Kirchen-Geſetze beruhet,

Pertſch de ſimoniae crimine ſect. 2. c. 2. §. 25.

gleichwohl ein evangeliſcher Landesherr in Betracht deſſen, daß er in der evangeliſchen Kirche die iura epiſcopalia exercirt, ſelbſt als Geſetzgeber anzuſehen und daher unter deſſelben Genehmigung und Auctorität die Erlegung des Geldes für geiſtliche Dienſte die Art und Eigenſchaft einer verbotenen und zum mindeſten einer ſtraffälligen Handlung zu verliehren ſcheint, wie denn von einigen dafür gehalten werden will, daß ein evangeliſcher Landesherr, welcher für die Verleihung geiſtlicher Dienſte Geld annimmt, eine Simonie nicht begehe,

Fleiſcher Einleitung zum geiſtlichen Rechte B. 2. C. 28. §. 18.

mithin ſolches eben ſo wenig in der Perſon derer, ſo unter deſſelben Bewilligung Geld dafür geben, dafür geachtet werden dürfte,

5 Endlich bey dem ſo weit ſich verbreiteten Uebel daraus ein Bedenken erwachſen will, daß die meiſten der deshalb inculpirten Geiſtlichen ſchon einige Jahre im Amt geſtanden und von ihren Gemeinden als Seelſorger angenommen worden, mithin zur Vermeidung eines Anſtoßes bey den Gemeinden es beſſer ſcheinen dürfte, ein in der Kirche einmahl vorgefallenes Uebel mit einer auſſerordentlichen Strafe und zwar mit einer Geldbuße zu milden Sachen zu ahnden, als dabey auf die geſetzliche Strafe Abſicht zu nehmen, zumahl auſſerordentliche Uebel auch öfters auſſerordentliche obwohl gelindere Mittel zu erfordern pflegen.

6 D. a. u. d. die meiſten von den zum Verhör gezogenen geiſtlichen Kirchen- und Schulbedienten coram commiſſione eingeſtanden und bekannt haben, daß ſie zu Erlangung ihrer Dienſte eine nahmhafte Geld-Summe theils zu erlegen ſich erboten, theils auf geſchehene Abforderung ſolche wirklich zu erlegen ſich bequemt und ſolches theils unmittelbar theils durch ihre Angehörigen bewirkt haben, gleichwohl dergleichen Einkauf in geiſtliche Dienſte nach den gemeinen Kirchen-Rechten eine ſträfliche Simonie ausmacht quicunque enim officia eccleſiaſtica vel quamcunque rerum eccleſiaſticarum adminiſtrationem pecunia redemit ſimoniae reus fit,

L. 31. C. de epiſc.
C. 8. c. 117. 118. C. 1. qu. 1.
C. 3. 8. 15. C. 1. qu. 3.
C. 8. et 38. X. de ſimonia.

7 und ſolches auch dafür in der evangeliſchen Kirche um ſo mehr geachtet wird, als dergleichen Verhandlung der Kirchen-Aemter ſowohl als eine der Kirche höchſt nachtheilige und mit einem Aergerniß der Gemeinde verknüpfte, als auch wie eine mit den Gründen der Kirchen-Verfaſſung ſtreitende Begünſtigung anzuſehen, allermaßen das Miniſterium und das Amt zu lehren und die Sacramente auszutheilen einen rechtmäßigen Beruf, mithin einen nach Vorſchrift der heiligen Schrift eingerichteten Beruf zum Grund haben muß, und auch auf ſolchen die ganze Kirchen-Verfaſſung in dem 14ten Articel der Augsburgiſchen Confeſſion geſtellt iſt, gleichwohl eine durch erlegtes Geld bewirkte Erwerbung eines geiſtlichen Dienſtes für einen rechtmäßigen Beruf zu demſelben nicht geachtet, noch die dazu auf ſolche Weiſe gelangten Miehtlinge für berufene Diener des Wortes gehalten werden können vnde eius modi nundinationes in eccleſiis proteſtantium damnantur, cum ſufficiat, quod illegitimis mediis ſacerdotia hoc modo occupentur,

Boehmer in iur. Eccl. lib. 5. tit. 3. §. 27.
Ziegler de clerico renitente et fuga muner. eccleſ. §. 7. ſq.

8 daneben auch diejenigen, ſo durch ihre Angehörige ſolches bewirken laſſen oder davon daß ſolches geſchehen, Wiſſenſchaft gehabt der Simonie ſich eben ſowohl ſchuldig gemacht und deren Vocation nicht minder pro ſimoniaca geachtet wird,

C. 33. X. de ſimonia.

C. 1. 3. c. 1. qu. 5.

electio enim et vocatio, interueniente promiſſione pecuniae a propinquis et amicis facta, pro ſimoniaca habetur,

C. 27. X. de ſimonia:

Hierwieder auch den Inculpaten das Vorgeben, daß das Geldzahlen zur Gewohn- 9
heit geworden, nicht zu ſtatten kommen mag, weil dergleichen mehr pro corruptela zu achten,

C. 39. X. de ſimonia.

ſub obtentu conſuetudinis enim nemo reatum ſuum tueri poteſt, quia diuturnitas temporis non diminuit peccata ſed auget.

C. 8. X. eod.

Boehmer in iure parochiali ſect. 3. c. 1. §. 32.

Nächſtdem das Vorbringen, daß man auf andere Weiſe zum Dienſte nicht gelangen 10
können den allemahl ſtrafbaren Gebrauch unerlaubter Mittel an und für ſich nicht rechtfertigen mag, überdem ex facto bey der Unterſuchung ſich ergeben, daß verſchiedene geiſtliche Kirchen- und Schulbediente auf rechtmäſſige Weiſe und ohne ſich des unerlaubten Mittels ſchuldig zu machen zu ihren Dienſten gelanget, und daraus erhellet, daß bey andern eine Leichtſinnigkeit und Bereitwilligkeit ins Mittel getreten, allermaßen verſchiedene von denen, die in die Dienſte ſich eingekauft, zur Erlegung einer Geld-Summe freywillig und öfters durch einen der Supplic beygelegten Zettel, ſich erboten oder doch auf geſchehenes Anſinnen eines Geld-Abtrags ſich dazu bereit finden laſſen,

Endlich die Nachſicht, Genehmigung und Auctorität des damahls regierenden 11
Landes-Fürſten keinen hinlänglichen und rechtlichen Grund abgibt den geſchehenen Einkauf in die Kirchen-Aemter auf Seiten der deshalb inculpirten Geiſtlichen zu rechtfertigen allermaßen ein evangeliſcher Landesherr das ius vocandi et conſtituendi miniſtros eccleſiae, als ein der Kirche ab origine zugehöriges Recht nach der ihm überlaſſenen Kirchen-Gewalt anders nicht als nach den Grundſätzen der evangeliſchen Kirche auszuüben berechtigt iſt, und ſo wenig deſſelben Gerechtſame ſo weit gehen mögen, etwas gegen das Wohl der Kirche oder gegen die Augsburgiſche Confeſſion, als in welcher der Grund aller Miniſterial-Verrichtungen auf einen rechtmäßigen Beruf geſetzt iſt, zu verfügen und zu verordnen, eben ſo wenig ſolches durch eine Nachſicht oder ſtillſchweigende Genehmigung auf zu Recht beſtändige Weiſe geſchehen können non enim licet principi quidquam, quod euangelicis, propheticis aut apoſtolicis regulis obuiet agere,

C. 2. D. 10.

et ideoque et conditor iuris circa Simoniam huic iuri ſubeſt aut propter prohibitionis rationem,

Petr. Gibert in corp. iur. Can. tom. III. tit. 13. §. 9.

Solchemnach wie auf Seiten eines evangeliſchen Landesherrn eine bewilligte Anneh-
mung des Geldes für Kirchendienſte einen Misbrauch der Epiſcopal-Rechte unſtrei-
tig ausmacht, ſo hinwiederum die Erhandlung der Kirchendienſte auf Seiten derer,
ſo dieſe ungerechten Wege einzugehen ſich willig finden laſſen, in facto illicito beruht,
und dafür ſo lange angeſehen werden muß, als das Geſetz gegen die Simonie auch in
daſigen Landen unverändert geblieben und nach der evangeliſchen Kirchen-Verfaſſung
unverändert bleiben müſſen,

12 Und ſo viel nun die dadurch verwirkte Beſtrafung betrifft, die gemeinen Kirchen-
Rechte mit ſich bringen, daß diejenigen, ſo durch unmittelbare Simonie zu einem Kir-
chen-Amt gelangen, deſſelben zu entſetzen ſind, quos enim conſtiterit ſacram merca-
tos eſſe pretio dignitatem, conuictos oportet arceri,

C. 6. et 8. c. 1. qu. 1.

et quos publicum et notorium eſt, in eccleſias ſimoniace intraſſe, amouendi ſunt ab
eccleſiis taliter acquiſitis,

C. 13. X. de ſimonia.
C. 11. et 38. euid.

13 jedoch auch bey dieſer Strafe aus erheblichen Gründen eine diſpenſatio ſuperioris ein-
treten und den Umſtänden nach eine ſuſpenſio ab officio oder eine translocatio erkannt
werden kann,

C. 1. et 3. c. 1. qu. 5.
C. 45. X. de ſimonia.

und denn in dem gegenwärtigen Falle theils bey der Menge derer, die in geiſtliche
Dienſte ſich eingekauft, theils bey den verleitenden Bewegungs-Urſachen ſo aus den
vielen Beyſpielen und ſelbſt aus der landesherrlichen Genehmigung erwachſen, die
Beſtrafung durch landesherrliche Begnadigung und Diſpenſation dergeſtalt billig zu
mäſſigen, daß ſowohl das in der Kirche gegebene Aergerniß gehoben als auch die ge-
ſchehene Begünſtigung geahndet werde, und dieſem zu Folge zwar die Abſetzung ge-
gen alle diejenigen, welche in ihre Dienſte ſich eingekauft zu erkennen und dadurch die
14 wiederrechtlich geſchehene Einſetzung in die Dienſte aufzuheben, jedoch diejenigen wel-
che nicht unmittelbar dabey concurrirt und zu Führung des Dienſtes gleichwohl tüch-
tig erachtet würden nach ertheiltem ernſtlichem Verweiſe und vermittelſt einer neuen
Verleihungs- und Beſtallungs-Urkunde bey ihren bisherigen Dienſten zu laſſen, hin-
gegen diejenigen, welche dieſen Handel unmittelbar getrieben, von ihrem Dienſt und
deſſen Einkünften auf eine nach richterlichem Ermeſſen der eintretenden Umſtände zu be-
ſtimmende Zeit zu ſuſpendiren oder auf geringere Dienſte zu translociren, gegen die-
jenigen aber die zum Dienſt gänzlich untüchtig geachtet würden, mit der Strenge der
verwirkten Abſetzung zu verfahren, quos enim conſtiterit indignos meritis pretio mer-
catos eſſe ſacram dignitatem arceri oportet,

c.

C. 6. c. 1. qu. 1.

und denn dieſe Art der landesherrlichen Beſtrafung und Milde ſowohl zur Hebung des Aergerniſſes in der Kirche, als auch zur Beruhigung der mit beflecktem Gewiſſen im Amte ſtehenden Geiſtlichen gereicht, und auf ſolche Weiſe dem Wohl der Kirche ſicherer als durch eine Geldbuße proſpicirt wird, als welche bey dieſer Art des Vergehens ungewöhnlich und verſchiedenen Bedenken des Anſtoßes und der Mißdeutung halber unterworfen iſt,

Soviel ferner das zweyte membrum der Frage, die weltlichen Dienſte betreffend, 15
anbelangt, in den Acten verſchiedene eingeſtanden, daß ſie theils ihre Dienſte, theils die Beſtätigung der zu ihrem Dienſt geſchehenen Präſentation vermittelſt Erlegung einer nahmhaften Geld-Summe erhalten, dergleichen nundinatio officiorum publicorum ſonſt ein crimen ambitus ausmacht und ſowohl mit dem Verluſt des Dienſtes als mit einer Geld-Strafe in den Rechten geahndet wird,

L. vn. §. 3. D. de lege Iul. ambit.
L. vn. C. eod.
Nou. 8. c. 1.

ſicut enim tutor tamquam ſuſpectus remouetur et punitur qui data pecunia miniſterium tutelae acquiſiuit et redemit,

L. 10. D. L. 3. §. 15. de ſuſpect. tut.
L. 1. §. 7. de off. praef. vrb.

ita et miniſter qui corruptis ſuffragiis muneri irrepſit poenam meretur;

Leyſer ſpec. 571. m. 4.

D. a. u. d. bey dem ambitu officiorum ſecularium der Unterſchied zu beobach- 16
ten iſt, ob auf Verfügung und Erfordern des Landesherrn eine Geld-Summe für die Dienſte erleget wird oder ob landesherrlichen Bedienten zu Behuf und in Abſicht zu erlangender Dienſte Geld und Gaben verehrt werden, und dann zwar in dem letztern Falle die Erkaufung weltlicher Dienſte ſtraffällig verbleibt, cum legibus interdictum ſit officii conſequendi cauſa pecuniam largiri principum conſiliariis,

L. 6. C. ad L. Iul. repetund.
Nouell. 8. cap. 1. n. 17.
Ziegler in tr. de offic. iudic. c. VII. §. 8. ſq.
Myler ab *Ehrenbach* de officialibus et magiſtrat. c. 7. §. 3.

wohlfolglich diejenigen ſo in den Acten ihrem eigenen Geſtändniſſe nach dem Rath B. und andern fürſtlichen Bedienten der Dienſte halber Geld und Geſchenke zugeſagt, bewilligt und gereicht haben, hierunter wiederrechtlich gehandelt und daher mit einer nach richterlichem Ermeſſen zu beſtimmenden Geld-Strafe nicht unbillig zu belegen,

In dem erſtern Falle aber in Erwägung deſſen, daß die Vergebung der Dienſte 17
ſowohl an und für ſich als auch die Art und Weiſe der Vergebung von der Verordnung

des Landesherrn abhängt der Grund eines Verbrechens wegfällt, und daher diejeni-gen ſo Behuf Erlangung der Dienſte eine Summe Geldes dem Landesherrn zu erle-gen ſich gemüſſigt geſehen um ſo mehr eine gegen jede Beſtrafung ſie ſchützende Entſchul-digung gänzlich für ſich haben, als ſelbſt nach den Römiſchen Rechten bey den von der Vergebung der Kayſer dependirenden Aemtern das Geſetz de ambitu ſeine geſetzliche Kraft verlohren, ceſſat enim lex Iulia de ambitu quia ad curam principis creatio magiſtratuum pertinet

L. vn. pr. D. de lege Iul. ambitus.

et in honoribus, qui a principe conferuntur ceſſat poena ambitus

Gudelinus de iure nouiſſ. lib. V. c. 6. p. 285.
Ant. Matthaei de criminib. lib. 48. tit. 11. cap. 2. §. 3.
Lauterbach in coll. theor. pract. lib. 48. tit. 14. §. 3.
Hahn ad Weſenbec. lib. 48. tit. 14.

18 übrigens dergleichen Verkauf der Landesdienſte mit dem Wohl des gemeinen Weſens und ſelbſt mit den durch das gemeine Wohl beſtimmten Gränzen der Hoheitsrechte nicht beſtehen kann, und einem Lande um deſto nachtheiliger fallen muß, als dabey auf Geſchicklichkeit und Verdienſt der Landes-Bedienten nur die geringſte Abſicht ge-nommen zu werden pflegt vbi enim officia venduntur, magna exinde oritur rei publicae corruptio dum pretium attenditur, non perſonae idoneitas.

Hahn ad Weſenbec. l. c.
Bodinus de republ. lib. VI. c. 2. §. 40.
Kloch de contribut. c. 1. n. 381. ſq.
Idem de aerario lib. II. c. 9. per tot.
Nicol. Mylerus ab *Ehrenbach* hyparchologia ſeu de officialibus c. VII. §. 26. ſq.

Daraus aber ſoviel ſich ergibt daß wenn durch dergleichen Dienſt-Verkauf die Landesdienſte mit ungeſchickten und unfähigen Perſonen beſetzt worden, ein Landesherr und Nachfolger in der Regierung an ſolche dem Lande nachtheilige Verleihung nicht gebunden iſt, ſondern aus dem gemeinen Wohl des Landes eine gerechte Urſach für ſich hat, dergleichen eingekaufte und zu ihren Dienſten unfähige Bediente zu entlaſſen, cum ex vtilitate publica officialis recte dimittatur nec princeps ſucceſſor qui anteceſſoris heres non eſt, facta eius et iniquam venditionem munerum praeſtare teneatur

Boehmer de iure dimittendi miniſtros §. 28. et 31.
Idem in iure eccleſ. lib. 5. tit. 37. §. 83. et 86.

ſi enim turpis et iniqua eſt venditio officiorum ei ſtare ſucceſſor non tenetur.

Idem l. c. §. 86.
Moſer Staatsrecht Th. 23. L. 128. §. 37.

Soviel ferner die

Zweyte

Zweyte Frage.

Wie wider diejenigen welche mit dem Verkauf der Dienſte wucherlichen Han- 19
del getrieben, oder für ſich dabey Geſchenke genommen haben zu verfahren? ob nicht ſelbige, und darunter beſonders die Erben des nicht allein durch ſein eigenhändig übergebenes Verzeichniß, ſondern noch weit mehr durch zahlreiche Ausſagen gravirten, während der commiſſariſchen Unterſuchung aber verſtorbenen Raths B. zur Wiedererſtattung des überkommenen unerlaubten Gewinnes welcher gleichmäßig ad pias cauſas oder in vtilitatem publicam zu verwenden, anzuhalten? und überdies mit einer willkührlichen Strafe zu belegen ſeyen? anbetrifft,

Für ein bey dem Landesherrn angebrachtes und durch eigene Fürſprache beförder- 20
tes Anſuchen eine Widervergeltung anzunehmen in den Rechten nicht gemisbilligt iſt, deſideria enim ſua explicare cupientes cum a quoquam ſuffragium ſibi ferri poſtulauerint, ad referendam vicem ſe obſtringere poſſint

L. vn. C. de ſuffragio.

und daraus die Folge gezogen werden möchte, daß diejenigen, ſo für die bey dem Landesherrn ausgewirkte Verleihung der Dienſte ein Geſchenk ſich reichen laſſen, einen erlaubten Vortheil erhoben, im übrigen bey dem Factum ſelbſt dieſer Zweifel übrig bleibt, daß die in den Acten geſchehenen Inculpationen auf dem Angeben derer beruhen, welche ſelbſt für die erhaltenen Dienſte Geld gegeben haben wollen, und dieſe zwar durch ihr Geſtändniß ſich graviren, jedoch gegen einen Dritten daraus keinen Beweis machen können, cum turpitudinem de ſe profitenti non credatur in praeiudicium tertii

C. 1. et vlt. X. de confeſſ.

D. a. u. d. aus den bey der commiſſariſchen Unterſuchung abgehaltenen Verhö- 21
ren ſich ergeben, daß verſchiedene und unter dieſen vornehmlich der Rath B. wegen der bey Sereniſſimo tunc regente auszuwirkenden Dienſt-Verleihung nahmhafte Geldſummen theils bedungen, theils freywillig angenommen und ſich reichen laſſen, gleichwohl dergleichen Begünſtigungen ſowohl in Anſehung der geiſtlichen Dienſte eine ſträfliche Simonie in ſich faſſen, cum ſi quis mediator et interuentor turpibus datis et acceptis extiterit perinde puniendus ſit ac auctor ſimoniae

C. 8. c. 1. qu. 1.
C. 8. 15. c. 1. qu. 3.
C. 2. Extrav. comm. de ſimon.

Als auch in Anſehung der weltlichen Dienſte einen unerlaubten Wucher und eine 22
Art des criminis repetundarum enthalten, anerwogen wenn gleich das Verbot contra ambitum in Abſicht des regierenden Landesherrn keine Kraft hat dennoch davon keine Folge auf Unterthanen und Bediente ſich machen läßt, und unter dieſen alle nundinationes officiorum ſtraffällig und die deshalb angeforderten oder angenommenen Geld-Exactionen ſtraffällig verbleiben,

Nov.

Nov. 8. pr. c. 1. et 7.

23 und darunter zugleich ein crimen repetundarum begangen wird, huius enim rei fiunt, qui etiam a volente pecuniam accipiunt, quo magis aut minus officium faciant,

L. 1. et 17. D. ad L. Iul. repetund.
L. 3. et 4. C. eod.

pro adminiſtrationibus enim et officiis ſortiendis nec quidquam accipiendum eſt,

L. vlt. C. eod.
Myler ab *Ehrenbach* in hyparchologia cap. VIII. §. 4.

24 und hierwieder aus dem ſogenannten contractu ſuffragii keine rechtliche Entſchuldigung zu deſſen Bedeckung hergeleitet werden mag, anerwogen ſolcher überaus zu wirkende Dienſt-Verleihung in den Rechten nicht geſtattet, vielmehr ſolches als eine verbotene nundinatio officiorum angeſehen wird, perperam enim conſtitutiones de ambitu cum conſtitutionibus de ſuffragiis confunduntur, cum ſuffragii ius non verſetur circa honores et officia publica ſed circa deſideria ſupplicantium, quibus iure ſuffragii ſuccurrere aliquando licuit,

Schilter in prax. iur. Rom. exerc. 49. §. 146.
Ziegler de officio iudicis concl. 7. §. 24.

25 im übrigen wie alles dasjenige, ſo auf wiederrechtliche Weiſe und ex delicto erworben wird, ſo auch dergleichen unerlaubte largitiones von dem Fiscus zurückgefordert, und auſſerdem mit einer poena arbitraria geahndet werden können,

L. 9. in f. D. de iure fiſci.
Ant Matthaei de crimin. lib. 48. tit. 8. cap. 2.
Carpzov in prax. crim. qu. 93. n. 53.
Lyncker reſp. 23. n. 32.

Und dieſe Zurückforderung des unerlaubten Gewinnes und der erhaltenen Geſchenke auch gegen die Erben ſtatt hat,

L. 9. cit. de iure fiſci.
L. 2. C. ad leg. Iul. repetund.

publica iudicia repetundarum etiam aduerſus heredes exercentur, nec immerito, cum in his quaeſtio principalis oblatae pecuniae moueatur,

L. vlt. D. ad leg. Iul. repetund.
L. 20. D. de accuſat.

26 Solchemnach ſo viel nun im gegenwärtigen Falle diejenigen betrifft, welche in den Acten der erhobenen unerlaubten Geſchenke halber inculpirt worden ſind, gegen ſolche zwar noch zur Zeit und da ſie noch nicht gehört noch des Vorganges geſtändig oder deſſen überführt worden ſind, weder auf die reſtitutionem turpium lucrorum noch auf eine auſſerordentliche Strafe erkannt werden mag, jedennoch gegen dieſe aus der häufigen

Auſſa-

Aussage und Inculpation derer ſo die Geſchenke reichen müſſen, wenigſtens eine glaub-
würdige Anzeige und indicium ſolcher Begünſtigung erwächſt, um ſie deshalb in Ver-
antwortung und Unterſuchung zu ziehen, um demnächſt cauſa cognita das weitere zu
erkennen;

Inſonderheit aber die Acten ergeben, daß der Rath B. die Erhebung der Ge- 27
ſchenke öffentlich getrieben, ſie bedungen, vorgeſchrieben und angenommen, derſelbe
auch deſſen zum Theil in dem übergebenen Verzeichniſſe geſtändig, eines weit mehreren
aber noch durch die in den Acten abgehaltenen Verhöre beſchuldigt worden, ſolche Be-
ſchuldigung auch in Anſehung ſeiner einen deſto gröſſern Glauben erlangt als ſie theils
durch ſein eigenes Geſtändniß, theils durch die Menge der Inculpationen zu deren
eidlichen Beſtätigung die coram commiſſione abgehörten Bedienten ſich erboten, unter-
ſtüzt wird;

Indeſſen da der Rath B. während der coram commiſſione angeſtellten Unter- 28
ſuchung verſtorben iſt, dadurch zwar, die durch ſolche Begünſtigung verwirkte Beſtra-
fung, wenn gleich ſelbige auf eine Geldſtrafe geſezt werden mögen, wegfällt, und gegen
die Erben nicht erkannt werden kann poenae enim tenent ſuos auctores, nec heredes
ex delicto defuncti nequidem ad poenam pecuniariam tenentur

L. 21. C. de poenis.
L. 20. et 26. D. eod.
L. 38. D. de reg. iur.
Carpzov prax. crim. qu. 131. n. 3. 4.
Cocceii de obligat. hered. ex delict. defuncti ſect. 3. §. 25.

jedennoch nichts deſto weniger deſſen Erben zur Wiedererſtattung der von dem verſtor-
benen Rath B. wiederrechtlich erhobenen Geſchenke vorangeführten Rechten nach ver-
bunden bleiben und deshalb eine fiscaliſche Klage gegen ſie ſtatthaft iſt, jedoch ſie da-
bey zuförderſt zu hören, und die erhobenen Geſchenke völlig ad liquidum zu bringen.

Uebrigens ſoviel die

Dritte Frage:

Ob nicht ſowohl diejenigen welche ſich in die Dienſte eingekauft, als auch die- 29
jenigen, welche ihnen für die deshalb erhaltenen Geſchenke dazu behülflich ge-
weſen, zum Abtrag der wegen dieſer Unterſuchung in den bisherigen Acten
und ferner noch auflaufenden Koſten anzuhalten? anbetrifft,

Obwohl diejenigen ſo in weltliche Dienſte ſich eingekauft haben nach den vorange- 30
führten Gründen in keine Strafe gezogen werden mögen, und daher in Anſehung ih-
rer ob ſie zu der Erſtattung der Unterſuchungs-Koſten zu concurriren pflichtig, ein Be-
denken erwächſt,

Hingegen diejenigen ſo dazu behülflich geweſen zu ſeyn beſchuldigt worden, in
Anſehung deſſen daß die Erhebung der Geſchenke ſträflich verbleibt zur Tragung der
Unterſuchungs-Koſten mit ſchuldig geachtet werden möchten;

31 D. a. u. d. die Erſtattung der Unterſuchungs-Unkoſten den Rechten nach denen obliegt, welche durch unerlaubte und ſtraffällige Handlungen ſolche veranlaßt haben,

Brunnemann in proc. inquiſ. cap. 9.
Wernher obſ. for. P. I. obſ. 197.
Carpzov prax. crim. qu. 138. n. 16.

culpa enim eſt primarium fundamentum definiendi expenſarum praeſtationem,

Boehmer in obſerv. ad *Carpzov.* pr. crim. qu. 138. obſ. 1.

culpa autem continet factum illicitum vel indecorum vel impudens quod in perſona rei imputationis non expers eſt.

Idem l. c. obſ. 9.

32 gleichwohl diejenigen nicht allein welche in geiſtliche Dienſte, ihrem Geſtändniß nach, ſich eingekauft, die auf die Simonie geſetzte Strafe mithin auch die Erſtattung der deshalb verurſachten Unkoſten verwirkt, ſondern auch diejenigen ſo in weltliche Dienſte ſich eingekauft haben, wenn dieſe gleich in Anſehung des dem regierenden Landesherrn erlegten Geldes, von einer Beſtrafung befreyt verbleiben, dennoch hierunter ein den gemeinen Rechten nach unerlaubtes und dem gemeinen Wohl des Landes höchſt nachtheiliges Factum unternommen, und zum Theil durch freywilliges Anerbieten eines Geld-Quantums befördert und dadurch zu der Unterſuchung der widerrechtlichen Art und Weiſe zum Dienſt zu gelangen eine hinlängliche und gerechte Veranlaſſung gegeben, wohlfolglich dieſerwegen, als auch weil unter ihnen viele wegen der an Landes- und Hofbediente geſchehenen Largitionen ſtraffällig bleiben, die Unterſuchungs-Unkoſten zu ihrem Theil zu tragen und zu erſtatten verbunden ſind, ſoviel aber diejenigen betrifft welche durch jener Ausſagen der angenommenen Geſchenke halber beſchuldigt werden, dieſe wegen ſolcher Begünſtigungen noch nicht gehört worden, und bevor ſolches noch nicht geſchehen und ſie des beygemeſſenen ſchuldig erachtet worden ſie auch zu dem Erſatz der Unterſuchungskoſten nicht verbunden geachtet werden mögen;

33 Als ſind wir wie im Urtheile geſchehen zu erkennen bewogen worden.

34 Als ferner über folgende

Vierte Frage.

Ob nicht diejenigen Gelder, welche der durchlauchtige Vorgänger in der Regierung für die Verkaufung geiſt- und weltlicher Dienſte erhoben, von deſſen Allodial-Nachlaß zu ſepariren, und dagegen von Sr. jetzt regierenden Hochfürſtlichen Durchlaucht nicht in Dero Landen ad pias cauſas oder in vtilitatem publicam zu verwenden ſeyen?

unſere beſondere bloß rechtliche Meinung begehrt, demnach erachten wir den Rechten gemäß zu ſeyn:

35 Obwohl zum Allodial-Nachlaß eines Fürſten nur dasjenige zu rechnen iſt, ſo in dem vollkommenen Privat-Eigenthume deſſelben geſtanden, dieſes aber eine rechtmäßi-

ge

ge Erwerbung vorausſeßt, dergleichen bey denjenigen, ſo aus Verkaufung weltlicher und geiſtlicher Dienſte mit dem Nachtheil der Kirche und des Landes erhoben worden, nicht behauptet werden mag,.

Sodann inter priuatos die Rechte eintreten, daß dasjenige ſo illicite acquirirt 36
worden, auch den Erben entzogen werden könne, dieſes aber eben ſowohl bey einem principe eine Anwendung leiden dürfte, allermaßen ein princeps bey Unternehmungen, ſo mit dem gemeinen Wohl ſtreiten, nicht ſowohl nomine et auctoritate principatus, weil derſelbe dazu Nahmens des Landes nicht berechtigt iſt, als vielmehr ohne Beyſtand der Rechte, mithin als ein priuatus handelt, und daher auch Reichsſtände wegen übler Verwaltung des Landes dem Kaiſer und Reich verpflichtet verbleiben, ſolchemnach Gründe eintreten nach welchen die in Frage kommende ſeparatio ſtatt finden möchte.

D. a. u. d. zuförderſt in Erwägung kommt daß bey dem Allodial-Nachlaſſe eines 37
Fürſten, nach dem Herkommen und in Betracht des hohen Standes und der ſchweren Erörterung deſſen was mit Beſtand erhoben werden können mehr auf qualitatem bonorum allodialium als auf den titulum acquiſitionis Abſicht genommen zu werden pflegt, und daher

Moſer im Staatsrechte Th. 26. C. 139. §. 48. in f.

ſeine Meinung dahin äuſſert, daß wenn nicht eine merkliche Deterioration des Landes erfolgt, der Staat und Nahmens deſſelben der Landes-Succeſſor an dem Nachlaſſe ſich nicht erholen möge,

Inſonderheit aber in gegenwärtigem Falle zu erwägen iſt daß ſo viel den Verkauf 38
geiſtlicher Dienſte betrifft, ein evangeliſcher Landesherr hierunter einen Misbrauch des iuris epiſcopalis und der ihm übertragenen Kirchengewalt unternimmt in Anſehung deſſen derſelbe keinen Obern hat, ſondern wovon er nur Gott und ſeinem Gewiſſen Rechenſchaft zu geben pflichtig bleibt, da evangeliſche Reichsſtände den Reichsgerichten ein Erkenntniß in cauſis eccleſiaſticis nicht zugeſtehen folglich auch fürſtliche Allodial-Erben wegen einer Exaction, deren Grund in abuſu iurisdictionis eccleſiaſticae beruht in Anſpruch nicht genommen werden können, und was den Verkauf weltlicher Dienſte anbelangt dieſer zwar dem gemeinen Weſen ſchädlich und nachtheilig verbleibt, hingegen wenn die Abſicht auf Fähigkeit und Geſchicklichkeit dabey nicht beyſeite geſeßt wird, in perſona principis pro actu abſolute prohibito nicht geachtet werden mag,

Endlich gegen Erben ein ius agendi et excipiendi nicht ſtatt hat, ſofern es gegen 39
den defunctum in deſſen Rechte die Erben treten, nicht zugleich ſtatt gefunden, und daraus zugleich die vorerwähnten Zweifel ſich erledigen, indem das ius fisci, illicite acquiſita ab heredibus repetendi eine imputationem delicti zum Grund haben muß,

Als erhellt hieraus, daß erhebliche Gründe gegen die in Frage kommende Se- 40
paration der qu. Gelder von dem Allodial-Nachlaß eintreten.

Num. 98.

RESPONSVM.

THEMA GENERALE.

De iure diſpenſandi circa matrimonium cum defuncti patrui vidua.

Argvmenta specialia.

Quaeſtio. n. 1.

Rationes dubitandi.

Leges moſaicas eatenus tantum valere, quatenus a Chriſto repetitae vel cum iure naturae conueniant. n. 2.

Leges matrimoniales moſaicas ad Iudaeos tantum pertinere. n. 3.

Prohibitionem matrimonii cum vidua defuncti patrui in ſtatu familiari et eccleſiaſtico Iudaeorum fundatam eſſe. n. 4.

Ob reſpectum parentelae interdictum non eſſe. n. 5.

Prohibitionem moſaicam ad viduam fratris vnilateralis patris non ſpectare. n. 6.

Conſenſu itaque omnium quorum intereſt diſpenſationem locum habere. n. 7.

Rationes decidendi.

Leges moſaicae matrimoniales partim ſunt morales. n. 8.

Leges matrimoniales Moſaicae in N. T. tum repetitae, tum inter Chriſtianos receptae ſunt. n. 9.

Idque ad eas leges quae matrimonia naturaliter indecora prohibeut reſtringi non debet. n. 10.

Vis legum matrimonialium Moſ. inde non minuitur quod inter leges ciuiles reperiantur. n. 11.

Prohibitio matrimonii cum patrui vidua ad nos pertinet, quippe tale matrimonium pro peccato declaratur. n. 12.

Ratio prohibitionis eſt nimia propinquitas. n. 13.

Contra hanc legem diſpenſationi locus non eſt. n. 14. 15.

Nec intereſt vtrum frater patris fuerit germanus an vnilateralis. n. 16.

Nec ex ſolis rationibus priuatis diſpenſatio fieri poteſt. n. 17.

Quaeſtionis deciſio. n. 18.

Rechtsgutachten.

1 Als uns das von dem Müller S. W. unter Beytritt ſeines Vaters D. W. angebrachte Geſuch die Verehlichung mit der hinterlaſſenen Wittwe des Halbbruders ſeines Vaters von våterlicher Seite betreffend zugefertigt, und über die Frage:

Ob bey dem vorbemeldeten Falle und nach deſſen Umſtånden eine Diſpenſation ohne einem göttlichen Verbote zu nahe zu treten ſtatt haben möge, und alſo Imploranten S. W. allenfalls gegen Erlegung einer billigen Diſpenſations-

Ge-

Gebühr geſtattet werden könne, ſeines leiblichen Vaters ohne männliche Er-
ben verſtorbenen Halbbruders Wittwe zu heyrathen?

unſere rechtliche Belehrung begehrt iſt:

Demnach erachten wir den göttlichen und weltlichen Rechten gemäß zu ſeyn:

Obwohl 1) bey dieſer Frage darauf es vornehmlich ankommt, ob die Leuit. XVIII. 2
und XX. enthaltenen Geſetze unter den Chriſten eine allgemeine Verbindlichkeit wir-
ken, und hiebey es das Anſehen gewinnt, daß ſolches nur von den Moſaiſchen Geſetzen
zu verſtehen ſey, deren Grund in dem Rechte der Natur liegt, und welche von Chri-
ſtus und den Apoſteln im neuen Teſtamente wiederholt und beſtätigt worden, als wo-
hin inſonderheit die Meinung

Baumgartens in den Theologiſchen Bedenken Th. VI. n. 42.

abzielt,

Und hiebey 2) in Erwägung kommt, daß dieſe Ehegeſetze mitten unter den Ver- 3
ordnungen welche das gemeine Weſen der Juden angehen, ertheilt worden, und ihren
Grund in der Jüdiſchen Regiments-Policey- und Familien-Verfaſſung zu haben ſchei-
nen, ſolche auch dem Jüdiſchen Volke namentlich und hauptſächlich vorgeſchrieben und
promulgirt und deren Uebertretung mit Lebens- und andern bürgerlichen Strafen ge-
ahndet iſt, ſolche auch wie gleichwohl bey einer ſo wichtigen Handlung als die eheliche
Geſellſchaft iſt zu erwarten geweſen, im neuen Teſtament nicht wiederholt worden und
daher nur diejenigen als verbindende Geſetze angeſehen werden möchten, welche zugleich
zum Recht der Natur zu rechnen und aus dem durch eine Heirath verurſachten Wider-
ſpruch der Pflichten der ehelichen Geſellſchaft gegen die Pflichten der vorhergehenden
und ältern väterlichen Geſellſchaft hergeleitet und erweislich gemacht werden könnten,

Und dann 3) nach dieſen Gründen auch das 4

Leuit. XVIII, 14 und XX, 20.

befindliche Verbot der Ehe mit des Vaters Bruders Wittwe bloß als ein bürgerliches
und auf die Jüdiſche Familien-Verfaſſung gerichtetes Geſetz um ſo mehr angeſehen wer-
den möchte, als die dabey befindliche Straf-Drohung

ſie ſollen ihre Sünden tragen, ohne Kinder ſollen ſie ſterben,

nach einiger Meinung nur einen auf die Jüdiſche Kirchen- und Familien-Verfaſſung ab-
zielenden Verſtand haben will, daß eines Theils für die Uebertretung dieſes Geſetzes
kein Verſöhnungs-Opfer angenommen werden ſolle, andern Theils in Anſehung deſſen,
daß dergleichen Ehen mit des Vaters-Bruders Wittwe, bey den daraus gezeugten
Kindern zu einer Verwirrung in der Familie und zu einem Streit in der Erbfolge mit
den vorher erzeugten Kindern einen Anlaß geben dürfte, daher die Kinder in die Erb-
regiſter nicht eingeſchrieben werden ſollen,

Ueberdem 4) bey dieſer Ehe ſo wenig ein auf natürlichen Rechten beruhender 5
reſpectus parentelae eintrete, welcher deren Vollziehung hindere, als weniger ſolche Ehe

im neuen Teſtamente unter ein Verbot gelegt worden und daher verſchiedene Gottes- und Rechtsgelehrte dieſe Verehelichung für zuläſſig und für dispenſabel gehalten,

Brentius apud Brucknerum in deciſ. matrim. cap. V. in addit. ad n. 60.
Niemeier diſſ. de coniugio cum patrui vxore.
Baumgarten l. c.

6 Dieſem 5) inſonderheit beytritt, daß im gegenwärtigen Falle die Frage von der Ehe mit des Vaters Halbbruders Wittwe vorwaltet, die Verordnung

Leuit. XVIII.; 14.

aber von der Ehe mit des Vaters vollbürtigen Bruders Wittwe deshalb zu verſtehen ſeyn möchte, weil nach der Meinung einiger Ausleger der Jüdiſchen Alterthümer zwiſchen einer vollbürtigen und zwiſchen einer Halbſchweſter ein Unterſchied beobachtet und dieſe nicht gleich nahe verwandt geachtet worden, folglich der gegenwärtige Fall unter die in den göttlichen Geſetzen ausdrücklich nicht verbotenen Fälle, als in welchen ſonſt eine Dispenſation ſtatthaft iſt, zu rechnen ſeyn möchte,

7 Endlich 6) bey der in dem gegenwärtigen Falle geſuchten Dispenſation in Betrachtung kömmt, daß dem Supplicanten durch die geſuchte Heirath in Anſehung ſeines Gewerbes und anderer häuslichen Umſtände wohl gerathen werden könnte, ſolche auch durch die Einwilligung, Wunſch und dem Verlangen des Supplicantens Vaters unterſtützt wird; Solchemnach daß dieſem allen zu Folge in Anſehung derſelben eine Dispenſation ohne Verletzung der göttlichen Rechte ertheilt werden könne, es das Anſehen gewinnen dürfte;

8 D. a. u. d. 1) die Leuit. XVIII und XX. enthaltenen Ehegeſetze, weder auf eine Kirchen- noch auf eine Regiments- und Familien-Verfaſſung der Juden geſtellet, ſondern bloß auf die Nähe der Verwandſchaft unter den benannten Perſonen ſowohl überhaupt, Leuit. XVIII, v. 6. begründet, als auch dieſer Grund bey den einzelnen Verboten ſo oft wiederhohlt worden, und daher dieſe Ehegeſetze zum Theil als göttliche Sittengeſetze um ſo mehr anzuſehen, als deren Uebertretung oftmahls

Leuit. XVIII. 17. XX. 12. 13. 17. 19.

als Sünde, Laſter und Gräuel erklärt, und gewiſſermaßen V. 24. 25. 27. den Heiden als ſträfliche Handlung zugerechnet wird,

9 Und ſo wenig 2) die moraliſchen Geſetze der Juden von Chriſtus aufgehoben worden, eben ſo wenig es deren beſonderer Beſtätigung im neuen Teſtament bedurft hat, wie denn gedachte Ehegeſetze bey den vorkommenden Fällen, und als Herodes ſeines noch lebenden Bruders und der Korinthiſche Blutſchänder ſeines noch lebenden Vaters Eheweib entführt, auch im Neuen Teſtament als göttliche Verordnungen zum Grund der Entſcheidung gelegt, und als göttliche und die Chriſten verbindende Geſetze von dem erſten Anfange des Chriſtenthums und unter deſſen Fortgange beſtändig geachtet und angenommen und in der evangeliſchen Kirche ſowohl von den Geſetzgebern

ſelbſt

ſelbſt in den öffentlichen Kirchen-Verordnungen als auch in den Gerichten dafür anerkannt worden,

Mart. Chemnitius in loc. theol. Part. 3. p. 223.
Mich. Henr. Reinhardt diſſ. poſterior de ſtatu cauſar. matrim. tempore reformat. §. 10. 11. 12.
Seckendorff hiſt. Lutheran. lib. 3. §. 39.
Stryk de diſſenſ. ſponſal. Sect. V. §. 15. ſq.
Boehmer in iur. eccleſ. tom. IV. lib. 4. tit. 14. §. 44.
Müller Diſpenſations-Recht. B. 2. C. 4. und 5.
Börners Sammlung der Leipzigſchen Theologiſchen Reſponſa S. 859-878.

Dagegen 3) die Meinung derer welche die Verbindlichkeit gedachter Ehegeſetze 10
nur auf diejenigen ſo zum Naturrecht gehören einſchränken, für gegründet nicht zu achten, anerwogen, ohne in die Unterſuchung einzugehen ob eine unter nahen Anverwandten zu ſchlieſſende Heyrath mit dem Weſen der Ehe, und mit dem Rechte der Natur überall ſtreite, wenigſtens derjenige Grund, welcher von dem Widerſpruche der ehelichen Pflichten mit den Pflichten der vorgehenden und ältern elterlichen Geſellſchaft hergenommen wird, ſehr ſchwach iſt, indem in der Rückſicht daß die Erlaſſung einer Pflicht von dem Willen deſſen, dem ſie zu leiſten iſt, abhängt, obgedachter Widerſpruch durch die Einwilligung der in eine Ehe tretenden Perſonen gänzlich gehoben werden könnte, folglich auch der Theil der göttlichen Verordnungen welchen

Baumgarten am angef. Orte.

ſelbſt für unabänderlich hält, die Kraft eines verbietenden Geſetzes verliehren würde,

Noch weniger 4) dabey in rechtliche Betrachtung kommen kann, daß gedachte 11
Ehegeſetze mitten unter den bürgerlichen Geſetzen Moſes angeführt und zugleich durch bürgerliche Strafen geahndet werden, anerwogen die Art und Eigenſchaft dieſer Verordnungen nicht ſowohl aus der Stelle wo ſie vorkommen, als vielmehr aus ihrem Inhalt zu beurtheilen, und wenn gleich einige der beygefügten Strafen für bürgerliche Strafen der Juden zu achten ſind, dennoch der Kraft der göttlichen Verordnungen, deren Nichtbeobachtung auch den Heiden zugerechnet iſt, nichts entgeht, da deren Uebertretung ſowohl als eine Sünde überhaupt angeſehen, als auch inſonderheit unter den Juden durch bürgerliche Strafen beſtätigt worden;

Solchemnach 5) auch das Verbot der Ehe mit des Vaters Bruders Wittwe 12

Leuit. XVIII, 14. et XX, 20.

als ein göttliches und die Chriſten bindendes Verbot, um ſo mehr anzuſehen, als deſſen Uebertretung für eine Sünde erklärt, und daß deren Uebertreter deſſen Strafe tragen und ohne Kinder ſterben ſolle dabey verordnet iſt, auch hiebey kein Grund eintritt von dem buchſtäblichen Verſtande dieſer Worte abzugehen, welcher darin beruht, daß

Gott

Gott ſie unfruchtbar machen oder wenn ſie einige Kinder haben würden, er dieſelben ſie nicht überleben laſſen wolle,

Interpretes Angli ad Leuit. cap. 20. v. 20.

13 Noch weniger 6) die Muthmaſſungen ſich rechtfertigen laſſen, daß bey dem Verbote dieſer Ehe auf eine Familien-Verfaſſung unter den Juden Abſicht genommen worden, allermaßen der Grund des Verbots in dem göttlichen Geſetze ſelbſt, darin geſetzt wird, daß die nachgelaſſene Wittwe mit dem verſtorbenen Vaters-Bruder für eine Perſon, mithin für eine nahe Verwandte geachtet wird,

14 Solchemnach 6) die Eigenſchaft dieſes göttlichen und die Chriſten verbindenden Geſetzes hindert, daß eine obrigkeitliche Diſpenſation dawider für zuläſſig zu achten, ſicut enim in cuius poteſtate eſt legem ferre, eiusdem quoque eſt, eidem derogare, aliosue ab eius obligatione ſoluere, ita magiſtratui humano non competit, diuinam legem mutare aut certo caſu vinculum illius remittere,

Ziegler de iure diſpenſandi §. 41.
Knipſchild de iurib. et priuileg. ciuitat. imp. lib. 2. c. 4. n. 256.
Berger ſuppl. ad electa proceſſus matrimon. p. 443.
Boehmer de ſublimi princ. et ſtat. euang. diſpenſ. iure. ſect. 2. c. 2. n. 4.

15 Hiebey auch 7) auf Meinungen einzelner Ausleger nicht, ſondern auf die Gründe der Sache rechtliche Abſicht zu nehmen, überdem Brentius in der angezogenen Stelle nur die Duldung einer ſolchen ex ſimplicitate bereits vollzogenen Ehe behauptet, hingegen derſelbe

in Comment. ad Leuit. XVIII.

die Ehe mit des Vaters Bruders Wittwe an und für ſich als eine in den göttlichen Rechten verbotene Ehe angeführt, welcher Meinung die meiſten Gottes- und Rechts-Gelehrten und nahmentlich

Pfaff inſtit. theol. dogm. et mor. in append. 2. de coniug.
Berlich p. 4. concl. 35. n. 8. 20.
Wildvogel reſp. 101. n. 4.
Schneidewin ad inſt. tit. de nupt. part. 3. de nupt. illicit. n. 4.
Hertius reſp. 340.

beytreten,

16 Und wenn gleich 8) im gegenwärtigen Falle von der Ehe mit des Vaters Halbbruders Wittwe die Frage iſt, dennoch das Verbot der Ehe eben ſowohl von des Vaters Halbbruders als vollbürtigen Bruders Wittwe zu verſtehen, und beyde unter der Benennung des Vater-Bruders begriffen ſind, daneben die unerwieſene Vermuthung des unter ihnen angegebenen Unterſchieds daraus ſich erledigt, daß in andern Stellen

Leuit. XVIII. v. 9. 11.

die

die Halbſchweſter für eine Schweſter erklärt, und die Ehe zwiſchen Bruder und Schweſter die nur von einem Vater oder von einer Mutter abſtammen, eben ſowohl als mit vollbürtigen Geſchwiſtern verboten iſt, folglich auch der in Frage ſtehende Fall als ein unter göttlichem Verbote begriffener Fall zu betrachten,

Endlich 9) die des Supplicanten Convenienz bey dieſer Ehe betreffenden Umſtän- 17
de, wenn ſelbige gleich einen Dispenſations-Grund abgeben können, dennoch da die Dispenſation ſelbſt gegen ein vorhandenes abſolutes göttliches Verbot für zuläſſig nicht zu achten, in keinen Betracht kommen können:

Als ſind wir der auf die göttlichen Rechte gegründeten Meinung, daß in dem gegenwärtigen Falle, ohne dem göttlichen Verbote zu nahe zu treten eine Dispenſation nicht ſtatt finde, mithin dem Imploranten nicht geſtattet werden könne ſeines leiblichen Vaters ohne männliche Nachkommen verſtorbenen Halbbruders Wittwe zu heyrathen. 1765.

Num. 99.

DECISIO.

THEMA GENERALE.

Quatenus is qui pro obligatione ad certum tempus reſtricta fideiuſſit teneatur, ſi creditor eo inſcio terminum prorogauit.

ARGVMENTA SPECIALIA.

Sententia. n. 1.

Rationes dubitandi.

Qui indefinite pro obligatione fideiubet, per prorogationem termini ſolutionis non liberatur. n. 2.

Tenetur fideiuſſor ſi excuſſus debitor ſoluere non poteſt. n. 3.

Fideiuſſor etiam intuitu vſurarum obligatus eſt. n. 4.

Rationes decidendi.

Fideiuſſio pro obligatione certi temporis ad certum tempus quoque adſtricta eſt. n. 5.

Si creditor, inſcio fideiuſſore terminum prorogat, fideiuſſor pro vlteriori periculo non tenetur. n. 6.

Prorogatio vero non impedit, quo minus fideiuſſor pro tempore praeterito teneatur. n. 7.

Probare itaque debet tempore conuento debitorem fuiſſe locupletem. n. 8.

Non ſufficit creditorem eum pro locuplete habuiſſe. n. 9.

Impenſae compenſantur ſi iuſta cauſa litigandi adeſt. n. 10.

Concluſio. n. 11.

Urtheil.

Auf eingewandte Leuterung deren Rechtfertigung und ferneres Einbringen in Sachen weyland Paſtor R. zu A. jetzt deſſen nachgelaſſener Kinder Vormund des zeitigen Predigers H. daſelbſt Imploraten und Leuteranten an einem wider den Bürger H. jetzt deſſen nachgelaſſene Wittwe ebendaſelbſt Implorantin und Leuteratin am andern Theil in pto fideiuſſionis erkennen u. ſ. w. für Recht:

1 Nunmehr ſoviel die erſte und zweyte Leuterungs-Beſchwerde betrifft aus den Acten und der Partheyen Einbringen ſoviel zu befinden, daß Implorat die eingeklagte Schuld, noch zur Zeit nicht, und die nach Ablauf der in der Schuld-Verſchreibung vom 19ten Dec. 1763 beſtimmten 12 Monate rückſtändigen Zinſen der Implorantin überhaupt nicht zu bezahlen ſchuldig; ſondern der

der Implorantin Suchen in Anſehung der letztern nicht ſtatt hat, und Implorat von deren Bezahlung zu entbinden; würde nun Implorat zuförderſt, daß der Hauptſchuldner Meyer, bey dem Ablauf der auf die nach Inhalt des Schreibens vom 8. Sept. 1764. geſchehenen loskündigung gefolgten, und in vorgedachter Schuldverſchreibung feſtgeſetzten 6 Monate annoch in Zahlungsſtande geweſen ſey, beſſer als geſchehen, binnen 4 Wochen beſcheinigen, wobey auch der Implorantin der Gegenbeweis und andere Rechtswohlthaten vorbehalten werden, ſo ergeht alsdann und wenn ſolches geſchehen in Anſehung der eingeklagten Schuld und der rückſtändigen einjährigen Zinſen ferner was Recht iſt; dahingegen in Anſehung der dritten Leuterungs-Beſchwerde es bey dem vorigen Urtheile lediglich verbleibt.

Zweifels- und Entſcheidungs-Gründe.

Obwohl der Imploraten gegen das vorige Urtheil eingebrachte Beſchwerden, daß ſie die eingeklagte Schuld ſowohl als auch die davon rückſtändigen Zinſen zu bezahlen ſchuldig erkannt worden, deshalb für gegründet nicht zu halten ſeyn möchten. 2

Weil 1) der Imploraten Erblaſſer der Prediger N. die von Meyer auf 600 Thlr. ausgeſtellte Schuld-Verſchreibung als Bürge unterſchrieben und die Bürgſchaft für ſolche Schuld ohne Einſchränkung übernommen,

Und wenn gleich 2) die Hauptſchuld nur auf ein Jahr geſtellt geweſen und der Gläubiger dem Hauptſchuldner Meyer eine weitere Friſt zur Zahlung ohne geſuchte Einwilligung des Bürgen zugeſtanden, dennoch dadurch die Bürgſchaft nicht ſofort erloſchen; cum ex regula fideiuſſor prorogatione debitori ſe inſcio facta non liberetur, ſiquidem per prorogationem vlterioris temporis non tollitur obligatio, ſed exactio tantum differtur

Carpzov in iurispr. for. P. II. Conſt. 19. def. 1.

Vielmehr 3) zu Begründung der aus der Bürgſchaft erhobenen Klage hinlänglich zu ſeyn ſcheint, daß der Hauptſchuldner Meyer nachdem er ausgeklagt und in die Bezahlung der Schuld vertheilt worden bey der verfügten Execution nach Inhalt des Protocolls vom 29ten Jul. 1767 nicht mehr pfandbar befunden worden, 3

Bevorab 4) das Angeben der Imploraten daß gegen den Hauptſchuldner ein concurſus creditorum entſtanden, und Implorantin bey dieſem ſich nicht gemeldet, eben ſowohl als das Angeben, daß gedachter Hauptſchuldner wieder in Zahlungsſtand gekommen unerwieſen iſt, inmaßen eines Theils die übergebene Anlage nur ein über den Verkauf der Mühle und des Wohnhauſes des Schuldners Meyer gehaltenes protocollum licitationis enthält, andern Theils die beygebrachten Anlagen nur ſoviel, daß der Hauptſchuldner als Acciſe-Vogt und Steuer-Einſender beſtellt worden, nicht aber daß er zu Vermögen gekommen beſagen,

Endlich 5) aus der Art und Eigenſchaft einer unbeſchränkt übernommenen Bürgſchaft die Verbindlichkeit für die rückſtändigen Zinſen deshalb nicht ohne Grund gezo- 4

gen wird, quod fideiuſſor in omnem cauſam acceptus videtur, quae ex obligatione principali naſci poteſt.

L. 56. §. 1. D. de fideiuſſ.

Dieſemnach daß auf die angebrachten Beſchwerden nicht zu erkennen geweſen es das Anſehen haben möchte.

5 D. a. u. d. 1) die unterm 19. Dec. 1763. ausgeſtellte Schuld-Verſchreibung für welche der Imploraten Erblaſſer als Bürge ſich unterſchrieben hat, eine obligationem certi temporis enthält, indem

a) der Hauptſchuldner Meyer die zum Anlehn empfangenen 600 Thlr. wenn eine loskündigung nach einem halben Jahre erfolgen würde, von obgedachtem Dato an, über zwölf Monate praeciſe als Wechſelgeld ohne einige Einrede zu bezahlen ſich verpflichtet, darauf auch

b) die nur bemerkte Bedingung durch die nach einem halben Jahre erfolgte loskündigung nach Inhalt des unterm 8ten Sept. 1764 Namens der erſten Gläubigerin der Wittwe Schreibern ausgeſtellten Schreibens erfüllt und daß ſolches geſchehen, dem Erblaſſer der Imploraten als Bürgen in demſelben Schreiben kund gemacht iſt,

Folglich c) vorgedachte unter Bedingung einer Aufkündigung auf die beſtimmten 12 Monate geſtellte Schuld durch die von der Gläubigerin contractmäſſig erfüllte Bedingung, ein debitum purum, ex die conuento ſoluendum, geworden, cuius dies ceſſit et venit

L. 213. D. de verb. ſignif.

Gleichwohl 2) hierin und darin daß ſolchergeſtalt die gedachte Schuld in der beſtimmten Zeit praeciſe und ohne Einreden bezahlt werden ſollte, der volle Inhalt der Hauptverbindlichkeit liegt welche der Imploraten Erblaſſer durch die Bürgſchaft übernommen, daher ſolche Bürgſchaft ſo unbeſtimmt ſie auch bloß durch Unterſchrift eingelegt worden, dennoch nach Art und Eigenſchaft eines contractus et negotii acceſſorii weiter nicht geht als worauf die Hauptverbindlichkeit gerichtet iſt, und daher bloß eine Bürgſchaft für die vorbemerkte auf 12 Monat contrahirte und nach deren Ablauf fällige Schuld enthält,

Inmittelſt 3) die Gläubigerin anſtatt die gekündigte Schuld zur Verfallzeit ernſtlich einzufordern dem Schuldner Meyer ohne irgend eine von der Imploraten Erblaſſer dazu geſuchte und ertheilte Einwilligung neuen Credit gegeben, ihre Forderung auf andere cedirt, und das Capital vom Jahr 1764. weiter geſtundet hat,

Daraus aber 4) zuförderſt ſoviel ſich ergibt, daß gedachte Bürgſchaft weder auf das nach der Verfallzeit geſtundete Capital und die davon rückſtändigen Zinſen noch auch auf die von ſolcher Zeit an herrührende Unſicherheit des Capitals geht, explorati enim iuris eſt, eum qui pro obligatione certi temporis fideiuſſerit, elapſo temporis ſpatio de obligatione futuri temporis non teneri, etſi de praeterito obligetur

L. 7.

L. 7. C. de locat. conduct.
de Pufendorf obſ. iur. tom. II. obſ. 42.

et vbi tempus obligationi adiectum limitat obligationem eius ea quidem poteſtas eſt, vt quidquid poſt tempus obligationi accedat non obliget fideiuſſorem, vtpote ſaltem vsque ad illud tempus obligatum, ideoque quae poſtea deberi incipiunt vſurae, non onerant fideiuſſorem

Mevius P. IX. dec. 167. n. 2.
Carpzov P. II. C. 19. def. 3.

Uebrigens 5) die Bürgſchaft für die bis zur Verfallzeit geſtandene Schuld und Zinſen nichts deſto weniger bey Kräften geblieben, inmaßen die in der Schuldverſchreibung bedungene Zeit offenbar nur in Rückſicht auf die zu erhebende und zu leiſtende Bezahlung angeſetzt worden, in ſolchem Falle aber die prorogatio ſolutionis wenn ſie auch ohne Einwilligung der Bürgen geſchehen, keinen modum tollendi fideiuſſionem enthält. 7

L. cit. 7. C. de loc. cond.
Lauterbach in coll. theor. pract. lib. 46. tit. 1. §. 61.
Faber ad Cod. lib. 8. tit. 28. §. 25.

Jedennoch 6) ſolches auch nur in dem Falle, wenn ſie dem Bürgen wegen bereits früher vorhanden geweſener Unfähigkeit des Schuldners Zahlung leiſten zu können, unſchädlich geblieben, gegründet iſt, cum de poſterioris temporis periculo non obſtringatur fideiuſſor

cit. L. 7. C. de loc. cond.

und deswegen ein Bürge in dem gegenſeitigen Falle da der Hauptſchuldner erſt nach geſchehener Stundung des Capitals auſſer Stand zu bezahlen gekommen ſeyn ſollte, nicht weiter zu haften ſchuldig, ſi enim debitor ex poſt demum ſoluendo eſſe deſiit non temere in fideiuſſorem actiones competunt

L. 41. D. de fideiuſſ.
L. 95. §. pen. D. de ſolut.

Darauf aber 7) im gegenwärtigen Falle um ſo mehr rechtliche Abſicht zu nehmen, als die Gläubigerin das in Klage ſtehende Capital um die bedungene Zeit bereits wirklich aufgekündigt und den Erblaſſer der Imploraten als Bürgen, ſolches bekannt gemacht, ſolches aber nichts deſto weniger auf den Credit des Schuldners ohne geſuchte Einwilligung des Bürgen, ſtehen laſſen, gleichwohl Imploraten darauf daß der Hauptſchuldner Meyer zur Verfallzeit des gekündigten Capitals im Zahlungsſtande geweſen ſey, ſich bezogen, dieſes Angeben auch deshalb erheblich iſt, weil ſolchergeſtalt das ihrem Erblaſſer zugeſtandene beneficium excuſſionis durch die weitere Stundung des Capitals entzogen, und ſie ſolchergeſtalt nach vorangeführten Rechten 8

L. 41. D. de fideiuſſ.
L. 95. §. pen. de ſolut.

der Verbindlichkeit aus der Bürgſchaft entledigt worden ſind,

9 Und obwohl 8) ſoviel die Beſcheinigung dieſes Angebens betrifft, eines Theils die Wittwe Schreibern dadurch, daß ſie dem Hauptſchuldner nach geſchehener Loskündigung einen neuen Credit in Anſehung eines bereits fälligen Capitals gegeben, ihn dero Zeit auf eine thätige Weiſe für zahlbar anerkannt, andern Theils aus dem Licitations-Protocolle ein ſolcher Vermögenszuſtand, woraus das in Frage ſtehende Capital der Vermuthung nach beſonders bey dem von Imploraten daraus hergeleiteten Ueberſchuſſe des Vermögens von 800 Thlr. befriedigt werden können, ſich ergibt,

Jedoch 9) dadurch ſolche Beſcheinigung nicht erſetzt iſt, inmaßen daraus daß die Wittwe Schreibern den Schuldner für zahlbar gehalten noch nicht folgt, daß dieſer wirklich im Zahlungsſtande geweſen, hiernächſt das vom Imploraten aus gedachtem Licitations-Protocolle hergeleitete Vorgeben, daß ſich daraus ein Ueberſchuß von 800 Thlr. erſehen laſſe, einer näheren Erläuterung und Anzeige der Gründe, worauf dieſes Angeben beruht, annoch bedarf, und dieſerhalb zuförderſt auf beſſere Beſcheinigung zu erkennen geweſen,

10 Uebrigens 10) des Imploraten wegen der verglichenen Koſten geführte dritte Beſchwerde, in Betracht deſſen, daß der Implorantin aus der Bürgſchaft angebrachte Forderung in der Regel gegründet iſt, und annoch darauf, ob Imploraten die auferlegte beſſere Beſcheinigung zu Ablehnung der Klage zu führen vermögen es ankommt für gegründet nicht zu achten,

11 Als ſind wir wie im Urtheil geſchehen zu erkennen bewogen worden. 1775.

Num. 100.

DECISIO.

THEMA GENERALE.

Condictio eius quod ex ludo (Lotto) debetur negatur.

ARGVMENTA SPECIALIA.

Sententia. n. 1.

Rationes dubitandi.

Vbi collectio et ludus prohibitus non eſt, ibi ius romanum applicari nequit. n. 2.

Contractu ab altero impleto alteri ius poenitendi non competit. n. 3.

Rationes decidendi.

Iuris romani ſanctio, quae actionem negat ad conſequendum id quod per ludum acquiſitum in Germania recepta eſt. n. 4. 12.

Legibusque imperii confirmata. n. 5.

Pertinet tam ad illicitos quam ad licitos ludos. n. 6.

Ex eo quod collectio prohibita non eſt ſequitur, collectorem non puniri, non vero obligationis validitas inde inferri poteſt. n. 7.

Exceptio deficientis iuris agendi in omni parte proceſſus imo a iudice ex officio opponi poteſt. n. 8.

Ex negotio imperfecto, quale in caſu obuio adeſt non oritur obligatio. n. 9.

Re redhibita non amplius quaeritur an cauſſa redhibitionis adfuerit. n. 11.

Concluſio. n. 13.

Urtheil.

Auf eingewandte Supplication deren Rechtfertigung und ferneres Einbringen in 1
Sachen des Caſſirers M. Beklagten, nun Supplicanten an einem, wider den Juden E. S. Klägern nun Supplicaten am andern Theile pto. einer Lotto-Spiel-Schuld von 600 Fl. erkennen wir für Recht:

Nunmehr aus den Acten und der Parthehen Einbringen allenthalben ſoviel zu befinden, daß Beklagter und Supplicant die eingeklagte Schuld von 600 Fl. an Klägern und Supplicaten zu zahlen auch die aufgegangenen Gerichtskoſten zu erſtatten nicht ſchuldig, ſondern, ohne auch darauf, daß das unter beyden Theilen verhandelte Lotto-Spiel zur Vollſtändigkeit nicht gediehen eine Rückſicht zu nehmen, die daraus angebrachte Klage nicht ſtatt hat, daher Supplicant von der Klage zu entbinden. Jedoch ſind die auf ſolche ergangenen Koſten gegen einander zu vergleichen und aufzuheben.

Zweifels- und Entſcheidungs-Gründe.

2 Obwohl I) die auf die Lotto-Spielſchuld erhobene Klage für ſtatthaft deshalb zu halten ſeyn möchte, weil eines Theils Supplicant derſelben die exceptionem non competentis actionis in voriger Inſtanz nicht entgegen geſeßt, und nur erſt im Supplications-Libell bey deſſen Schluß auf die in Anſehung der Spielſchulden geltenden gemeinen Rechte ſich bezogen, andern Theils das Lottoſpiel unter die verbotenen Spiele nicht zu rechnen, vielmehr beſonders in dem gegenwärtigen Falle ſowohl die Collection auf das Wißbader Lotto als auch die Einſeßung in daſſelbe in der Grafſchaft H. als unverboten anzuſehen;

3 Hiernächſt II) Supplicat, daß der Lottohandel unter beyden Theilen zur Vollſtändigkeit gediehen, daher zu behaupten ſucht, weil er auf Supplicantens Verlangen die Original-Lotto-Billets beſtellet, und dieſe auch deſſen mandatario abgeliefert, hierdurch aber den Contract von ſeiner Seite erfüllt habe, weshalb Supplicant nicht minder in die Verbindlichkeit getreten ſolchen durch die Erlegung der auf die Billets beſtimmten Summen zu erfüllen, hingegen durch die Zurückgabe der Billets facultatem poenitendi nicht weiter ſich zueignen können,

4 D. a. u. d. 1) die auf die libellirte Lotto-Spielſchuld erhobene Klage ſchon an und für ſich für ſtatthaft nicht zu achten iſt, inmaßen die gemeinen Rechte überhaupt den aus einem Spiel und beſonders aus Glücksſpielen herrührenden Forderungen die gerichtliche Hülfe entziehen und darauf keine Klage verſtatten, und daß die hievon verordnende

L. 3. C. de aleatoribus.

im teutſchen Reich unter dem in complexu recipirten römiſchen Rechte mit aufgenommen ſey, einen gegründeten Zweifel nicht leidet, vielmehr deren Anwendbarkeit auf dem Gerichtsgebrauche, nach welchem die auf dergleichen Forderungen gerichtete Klagen aberkannt worden und auf dem Zeugniß bewährter Rechtsgelehrten beruht,

Strumius in ſynt. iur. ciu. ex. 15. §. 57.
Voetius ad Pand. lib. 11. tit. 5. §. 6.
Lynker dec. 544.
Leyſer ſpec. 126. m. 3.
Wernher ſel. obſ. for. P. 9. obſ. 214.
Frid. Behmer in nouo iure controv. obſ. 5.
Carpzov in prax. crim. qu. 134. n. 25. 26. ibique *Boehmer* in obſ. 2.
Berger in ſuppl. ad electa diſcept. for. Part. 1. p. 52.
Stryk in vſu mod. lib. 11. tit. 5. §. 4. 5. 7.

5 Ueberdem 2) in der von Kaiſer und Reich zu Speier im Jahr 1570 aufgerichteten Fußknechts-Beſtallung Art. 211. ſolche Verordnung ſelbſt zum Grund gelegt, und in Anſehung desjenigen ſo auf Borg abgewonnen iſt, keine rechtliche Verbindlichkeit geſtattet iſt,

Und

Und dann 3) die Anwendung dieſer rechtlichen Verordnung, welche ſowohl die 6
erlaubten als verbotenen Spiele angeht, bey einer aus dem Lottoſpiel herrührenden
Forderung vollkommen eintritt, da ſolches nicht nur eine Gattung des Spiels ſondern
beſonders eine der gefährlichſten Arten der Glücksſpiele iſt,

Dieſem auch 4) daß weder die Collection für ſelbiges noch auch der Einſatz in 7
ſelbiges verboten ſondern geſtattet iſt, nicht entgegen ſteht, inmaßen daraus nur ſoviel,
daß deſſen Unternehmer und diejenigen die für daſſelbe ſammlen und in ſelbiges einle-
gen nicht ſtraffällig ſind folgt, daraus aber der durch die Geſetze entkräfteten Verbind-
lichkeit der daraus herrührenden Forderungen, keine geſetzliche Kraft beygelegt wird,

Solchemnach 5) bey der erhobenen Klage an dem iure agendi es mangelt, und 8
die hierauf beruhende exceptio nicht allein in allen Theilen des Proceſſes eingewandt,
ſondern auch ex officio iudicis um ſo mehr erſetzt werden kann,

Boehmer in iure eccl. prot. lib. 1. tit. 32. §. 53.

als in Fällen wo die Rechte die Rechtshülfe verſagen, ſie von Gerichts wegen nicht ge-
leiſtet werden mag,

Auſſerdem II) die libellirte Forderung auf einem zur Vollkommenheit gediehenen 9
Handel nicht beruht,

Inmaßen 1) die bey Supplicaten als Collecteur vorhergegangene Beſtellung der
Original-Billets an und für ſich bloß ein pactum praeparatorium auf den einzugehenden
Lotto-Handel enthält, dergleichen eben ſo wenig als ein unbeſtimmtes pactum de emen-
do für ſich von Verbindlichkeit iſt,

Hingegen 2) der auf jenes erfolgte Lottohandel ſelbſt nach der Analogie eines
contractus do vt des zu beurtheilen, und ſolcher durch die Ablieferung der Billets ge-
gen zu leiſtende Zahlung der ausgeſetzten Spielſumme und durch die in ſolcher Abſicht
geſchehene Annahme vollzogen wird,

Gleichwohl 3) von einer ſolchen Annahme der Original-Billets in den Acten 10
nichts zu erſehen ſteht, vielmehr vom Supplicanten in facto angegeben iſt, daß deſſen
Mandatarius die erhaltenen Billets an die Theilnehmer der zum Spiel ſich angegebe-
nen Geſellſchaft zu bringen ſich erklärt habe, daß darauf aber die meiſten Glieder ſol-
che anzunehmen ſich geweigert hätten, und daß derſelbe ſolches des Supplicaten Man-
datarius referirt, und dieſem die Billets zurück zu nehmen oder der noch übrigen zwey
Glieder Geſinnung darüber abzuwarten frey geſtellt, daß darauf dieſer das letzte er-
wählt, ſolcher Verſuch aber ebenfalls vergeblich ausgefallen ſey und Supplicantens
Mandatarius darauf deſſelben Tages zwiſchen 3 und 4 Uhr dieſelben Billets für un-
gültig erklärt, und darüber ein Inſtrument auszufertigen beſtellt habe,

Und dann 4) bey ſolchen noch unerwieſenen Umſtänden des Factums nach wel-
chen die Richtigkeit und Wirkung der von Supplicantens Mandatarius geſchehenen
Annahme dem bemerkten Widerſpruche unterworfen iſt, der angegebene Lottohandel
für ein zur Vollſtändigkeit gediehenes Negotium nicht geachtet werden mag,

11 Dahingegen Supplicat 5) in der Replik ſelbſt angeführt hat, daß Supplicantens Mandatarius den Abend deſſelben Tages die Original-Billets nebſt einer Annullations- und Proteſtations-Urkunde zurückgeſandt habe und da Supplicat ſelbige angenommen hat, durch ſolche auſſergerichtliche Redhibition ſo wegen der von den übrigen nicht geſchehenen Annahme der Billets erfolgt, der vorgeweſene Lottoſpiel-Handel wieder aufgehoben worden und hiebey die Rechts-Verordnung die Anwendung leidet: quod ſi res redhibita ſit non hoc quaeratur, an in cauſa redhibitionis fuerit, ſed hoc tantum an ſit redhibita; cum recipiendo rem alter agnouerit eam eſſe in cauſa redhibitionis

L. 31. §. 17. De de Aedilitio Edicto.

12 Solchemnach 6) bey ſo bewandten Umſtänden des Supplicaten Beſchwerden auch in meritis cauſae für ungegründet nicht zu halten, jedennoch auch darauf im gegenwärtigen Fall es deshalb nicht ankommt weil Supplicaten überhaupt auf eine Lottoſpiel-Schuld kein Klagerecht zuſteht, und daher deſſen Suchen für ſtatthaft nicht zu erkennen, jedoch in der Hinſicht, daß die Anwendung der römiſchen Verordnungen über Spielſchulden nicht von allen Rechtsgelehrten auf gleiche Weiſe angenommen wird, und daß Supplicat ein Erkenntniß für ſich hat, die Koſten der Klage zu vergleichen geweſen;

13 Als ſind wir wie im Urtheile geſchehen zu erkennen bewogen worden. 1775.

Num. 101.

RESPONSVM.

THEMA GENERALE.

De filiarum nobilium renuntiationibus, et de neceſſitate conſenſus maritalis, ad earum validitatem.

ARGVMENTA SPECIALIA.

Species facti. n. 1.
Quaeſtio prima. n. 2.

Rationes dubitandi.

Filiae intuitu bonorum nouiter acquiſitorum eodem iure ſuccedendi gaudent quam filii, niſi ſpecialis obſeruantia vel pactum familiae iis obſtet. n. 3.

Vniuerſalis obſeruantia qua excluduntur inter nobiles immediatos non adeſt. n. 4.

Quae in quibusdam familiis valet obſeruantia, ad omnes extendi nequit. n. 5. 20.

Per ſtatutum Geislingenſe haec obſeruantia conſtituta non eſt. n. 6.

Per ſolum atteſtatum iudicis communis obſeruantia probari non poteſt. n. 7.

Actus voluntarii, ex ſpeciali cauſſa ſuſcepti ad introducendam obſeruantiam idonei non ſunt. n. 8. 9.

Dubitatur an talis obſeruantia legibus contraria introduci poſſit. n. 10.

Filia inuita itaque ad renunciandum non obligata eſt. n. 11.

Rationes decidendi.

Etſi vniuerſalis obſeruantia inter nobiles immediatos filias ad renuntiandum non obliget, in plurimis tamen familiis ea valet. n. 12.

Talem obſeruantiam adeſſe in familia B. demonſtratur. n. 13. 14. 15. 16.

Imprimis quia apparet, filias ſemper ex opinione neceſſitatis renunciaſſe. n. 16. 17.

Qualis obſeruantia minime legibus contraria et reprobata eſt. n. 18.

Succeſſio in familiis nobilium pactis imprimis regitur, quorum confirmatio neceſſaria non eſt. n. 19.

Quantitas dotis filiae renuncianti praeſtandae, ſecundum quantitatem bonorum determinanda. n. 21.

Filiae quae renunciare detrectant, pro renunciatis habentur. n. 22.

Quaeſtionis deciſio. n. 23.

Quaeſtio ſecunda et tertia. n. 24.

Rationes dubitandi.

Renunciatio iura filiae concernit, ideoque mariti conſenſu opus non eſt. n. 25.

Mulier quae iure Saxonico curatore eget praeter maritum alium curatorem eligere poteſt. n. 26.

Qui negotium approbat deinceps conſentire debet. n. 27.

Rationes decidendi.

Iure Sax. maritus curator vxoris eſt. n. 28.

Inuito marito vxori alius curator dari non poteſt. n. 29.

Renunciatio itaque absque conſenſu curatoris fieri non poteſt. n. 30.

Quod quis ſuo nomine probat, alieno nomine improbare poteſt. n. 31. 32.

Quaeſtionis deciſio. n. 33.

Rechtsgutachten.

Als uns eine Geſchichts-Erzählung nebſt einigen Fragen zugefertigt und darüber unſere rechtliche Meinung erbeten worden; demnach erachten wir den Rechten gemäß zu ſeyn;

1 Hat A. G. von B. ein Mitglied der Reichsritterſchaft in Franken ſeine Tochter R. B. an F. S. einen Edelmann in Sachſen verheirathet, und iſt dabey in den errichteten Ehepacten mit beyderſeitiger Einwilligung unter andern verabredet worden: „daß der Vater der Fräulein Braut, auſſer der gewöhnlichen Ausſtattung 1000 Gulden Frankfurther Währung als ein in der B—ſchen Familie hergebrachtes Heirathsgut mitgeben, und an den künftigen Herrn Gemahl gegen deſſen Quitung, welche „für einen hinlänglichen Beweis der Illation angenommen werden ſollte, als Ehegelder baar bezahlen wolle, nach deren erfolgtem Abtrag ſodann die Fräulein Braut „einen zu Recht beſtändigen und nach der reichsritterſchaftlichen Obſervanz kräftigen „und verbindlichen von ihr und ihrem Herrn Bräutigam und künftigen Gemahl unterſchriebenen und beſiegelten Verzicht auf alle väterliche und brüderliche Lehen und eigene Güter liegend und fahrend, ausſtellen und extradiren wolle, vermöge deſſen ſie „für ſich und ihre eheliche Leibeserben, ſich alles Anſpruchs und alles Succeſſionsrechts „auf erwähnte Güter feyerlichſt und an Eidesſtatt verzeihen und begeben werde," jedoch mit dem Zuſaz daß dieſer Verzicht nach Abgang der Brüder und ihrer Deſcendenten erloſchen und weder der Fräulein Braut, noch ihren ehelichen Erben und Nachkommen an ihrem Succeſſionsrecht nachtheilig, auch hierdurch einer väterlichen Diſpoſition oder elterlichen teſtamentariſchen Verordnung nichts präjudicirt und benommen ſeyn ſolle.

Als nun der Entwurf zu den Ehepacten und zur auszufertigenden Verzichts-Urkunde aufgeſezt und dem Herrn Bräutigam zugefertigt worden, hat derſelbe in einem unterm 8ten Jul. 1773 ertheilten Antworts-Schreiben zu erkennen gegeben, daß er wegen Ausſtellung der hergebrachten Renunciation kein Bedenken finde.

Hat nun zwar darauf der Herr Bräutigam den Verzicht unterſchrieben, jedoch in dem Begleitungsſchreiben dabey geäuſſert, daß ſeiner zukünftigen Gemahlin wenigſtens von den erworbenen Capitalien die Legitima gebühre auch das Quantum der Ehegelder zu gering ſey. Inmittelſt hat dieſe unerwartete Aeuſſerung veranlaßt daß der Vater der Fräulein Braut die Verzichts-Urkunde wieder zurückgeſandt hat, und ſolchergeſtalt auch die Unterſchrift der Ehepacten unterblieben iſt. Jedoch hat die Heirath dieſer Irrung unerachtet ihren Fortgang gewonnen, indem beyde Theile in der Hofnung geſtanden dieſen Anſtand in Güte zu heben.

Nun ergeben die Anlagen wie es bey dem Geſchlecht derer von B. mit Ausſchlieſſung der Töchter von väterlichem und brüderlichem Erbe und deren Verzichtleiſtung bisher gehalten worden, auch enthalten die Anlagen die von beyden Seiten deshalb angebrachten Gründe, und erwachſen daraus folgende Fragen.

Er-

Erſte Frage:

Ob nicht die Tochter ſowohl auf das angefallene und neu erworbene Vermö- 2
gen als auf das altväterliche gegen herkommliche Ausſtattung und 1000 Gul-
den Heirathsgut Verzicht zu leiſten ſchuldig, und ſo ſie ſich deſſen weigerte
pro renunciata zu achten ſey?

Obwohl nun bey der in Frage ſtehenden Verbindlichkeit der Tochter eines reichs- 3
unmittelbaren vom Adel zur Ableiſtung des Verzichts auf väterliche und brüderliche
Erbfolge, nicht ſowohl von Stamm- und Geſchlechtsgütern, als durch deren Art und
Eigenſchaft ſchon eine Tochter von deren Erbfolge ausgeſchloſſen wird, als vielmehr
von dem erworbenen oder ſonſt ererbten eigenen beweglichen Vermögen an Baarſchaf-
ten, Capitalien und dergleichen die Frage vorwaltet, und dann da eine Tochter nach
bekannten gemeinen Rechten ein gleiches Erbfolgerecht mit den Brüdern in dieſer Gat-
tung des Vermögens für ſich hat, dabey darauf es vornemlich ankommt, ob eine Toch-
ter entweder kraft einer unter den reichsunmittelbaren vom Adel hergebrachten allge-
meinen oder kraft einer beſondern in einer Familie eingeführten Obſervanz oder auch
eines Familien-Vertrags von der Erbfolge in dem Mobiliar-Vermögen ſofern Söhne
vorhanden ſind ausgeſchloſſen werde, und deshalb einen Verzicht auf ſolche Erbfolge,
zu leiſten verbunden ſey,

Und dann dabey 1) an hinlänglichen Gründen um eine allgemeine bey der 4
Reichsritterſchaft hergebrachte Obſervanz zu behaupten es ermangelt, inmaßen erſtlich
von der bey Stamm- und Geſchlechtsgütern eintretenden Obſervanz auf ein gleich-
mäſſiges Recht bey neuerworbenen beweglichen Gütern eine Folge um ſo weniger ſich
ziehen läßt, als unter Stamm- und Geſchlechtsgütern, und unter wohlgewonnenen
Gütern in Abſicht der Succeſſion ein gegründeter Unterſchied nach teutſchen Sitten
und Rechten gehalten worden

Ludouici de diuerſo iure bonorum hereditariorum et acquiſitor. §. 9. ſqq.

zweytens dasjenige ſo bey vielen ritterſchaftlichen Familien deshalb eingeführt iſt, bey 5
jeder derſelben auf beſonderer Obſervanz oder Familien-Verträgen beruht, und nur bey
derſelben ein beſonderes Recht ausmacht, und drittens auch dieſe Obſervanz hinwie-
derum unter den Familien in verſchiedenen Stücken ſelbſt unterſchieden iſt, wie

Moſer von den Reichsſtänden und von der Reichsritterſchaft B. 3.
C. 1. §. 27.

richtig angemerkt hat und daher aus demjenigen was bey vielen einzelnen Familien auf
beſonderem und verſchiedenem Herkommen, und Verfaſſungen beruht, eine allgemeine
Obſervanz der Reichsritterſchaft nicht hergeleitet werden kann,

Wie dann 2) dergleichen allgemeine Obſervanz ſo wenig durch das von geſammter 6
unmittelbarer Reichsritterſchaft in Schwaben, Franken und am Rheinſtrom dem An-
geben nach verfaßte Statut de dato Geißlingen dem 12ten Febr. 1653 beygebracht

werden mag, indem an der Gewisheit daß dergleichen Statut wirklich errichtet ſey es gänzlich ermangelt

Conr. Wilh. Strecker diſſ. ſiſtens diuerſa dubia, maximam partem feudalia et equeſtria. p. 67.

Cramer de filia nobili renunciante §. 14. in opuſc. tom. 1. p. 264.

7 als zu deſſen Beſcheinigung die beygebrachten Directorial-Atteſtate nicht zureichen, da keine, beſonders aber keine allgemeine Gewohnheit durch gerichtliche oder obrigkeitliche Atteſtate erwieſen werden mag,

Mevius P. IV. dec. 2.

Leyſer ſpec. 9. med. 9.

Reinharth in obſ. ad Chriſt. dec. vol. IV. obſ. 96.

8 Hiernächſt ſoviel 3) die angeführte beſondere Obſervanz der Familie B. betrifft, dabey dieſe Bedenken angebracht worden, daß in den einzelnen Fällen, in welchen die Töchter auf väterliche und brüderliche Erbſchaft gegen erhaltene Abfindung Verzicht geleiſtet, die Familiengüter mit vielen Schulden beladen geweſen und aus ſolchen Zeitumſtänden die Veranlaſſung zu dergleichen freywilligen Verzicht-Leiſtungen erwachſen ſey, ſolches aber der gegenwärtige Fall nicht ſey, vielmehr von dem Succeſſionsrechte der Tochter in dem neuerworbenen Vermögen welches in Capitalien und Baarſchaften beſtehe, die Frage obwalte, bey welchen die Urſachen und Abſichten des dero Zeit veranlaßten und auf die Befreyung der Güter von Schulden abzweckenden Verzichts gänzlich wegfielen,

9 In dieſem Betrachte aber 4) die in der Familie B. vormahls eingegangenen Verzicht-Leiſtungen bloß als actus voluntarii anzuſehen ſeyn möchten, welche die Töchter freywillig und ohne Verbindlichkeit ſich gefallen laſſen, dergleichen aus freyer Willkühr geleiſtete Verzichte nur den Paciscenten nicht aber dritten Perſonen oder deren Nachkommenſchaft in ähnlichen Fällen zum Nachtheil gereichen, noch auch eine Obſervanz, dazu actus ex opinione neceſſitatis ſuſcepti erfordert werden zu begründen vermögen, wie denn der Cammergerichts-Aſſeſſor von Cramer bey Erörterung einer ſolchen Familien-Obſervanz es eine quaeſtionem magni momenti nennt vtrum filiae per pacta renunciatiua, an vero vi conſuetudinis excludantur cum renunciantes aliis praeiudicare nequeant

de Cramer de filia nobili renunciante §. 9. l. c.

10 Hiernächſt 5) dafür gehalten werden will, daß dergleichen Obſervanz auch deshalb vim legis nicht erhalten könne weil in dem Reichsabſchiede vom Jahr 1529. §. 31. die Verordnung enthalten ſey, daß vorkommende Erbſchaftsfälle allein nach dem Fuß der gemeinen kaiſerlichen Rechte entſchieden werden, und die dawider laufenden Gewohnheiten abgethan ſeyn ſollten,

11 Endlich wenn auch 6) bey einer Familie üblich geweſen, daß die Töchter gegen Empfang eines Brautſchatzes auf die väterliche Erbſchaft Verzicht geleiſtet, dennoch dar-

daraus die Folge ſich nicht ergeben dürfte, daß ſie wider ihren Willen dazu angehalten, oder pro renunciatis geachtet werden könnten, als welcher Schluß wohl bey fürſtlichen Häuſern, in welchen die Töchter keinen Anſpruch auf das aus den Landes-Einkünften geſammelte Vermögen zu machen vermöchten, hingegen nicht bey der Reichsritterſchaft gelten könne,

Wie denn 7) auch der von dem Rathe T. in der gefertigten actenmäßigen Geſchichts-Erzählung vorgelegte die Familie von T. betreffende Fall, als ein Beyſpiel angeführt worden, daß in Sachen einer von T—ſchen Tochter W. vermählte von B. gegen Herrn L. von T. erſterer der Erbantheil an der Allodial-Verlaſſenſchaft von dem höchſten Reichsgerichte zuerkannt worden ſey; 11

D. a. u. d. wenn gleich 1) bey der unmittelbaren Reichsritterſchaft eine allgemeine und durchgehende Obſervanz in Anſehung der einer Tochter obliegenden Pflicht auf die väterliche und brüderliche bewegliche Verlaſſenſchaft zum Beſten ihrer Brüder einen Verzicht zu leiſten mit Beſtand nicht behauptet werden kann, dennoch nicht allein dergleichen Obſervanz in ſehr vielen ritterſchaftlichen Familien hergebracht iſt, ſondern auch das obangezogene ſtatutum Geislingenſe ehe und bevor deſſen Wirklichkeit und geſetzliche Kraft durch hiſtoriſche Gründe und Zeugniſſe in Zweifel gezogen und widerlegt worden, und die darauf gegründete Meinung angeſehener Rechtslehrer z. B. 12

Harprecht in tract. de ſucceſſ. tom. 2. p. 95
Schilter de renunciat. tom. 2. p. 20.
Boehmer conſ. tom. 1. p. 2. reſp. 123. n. 17.
Bocriſius in larua renunciat. filiar. illuſtrium detracta §. 5.

welche darauf als auf eine vermeintliche allgemeine Obſervanz geſprochen, ſoviel gewirkt hat, daß daraus eine opinio iuris per obſeruantiam conſtituti erwachſen, und wenn der Verzicht aus ſolchen Gründen von den Töchtern abgefordert und von ihnen abgeleiſtet worden, ſelbiger von ihnen wirklich ex opinione neceſſitatis et obſeruantiae geſchehen iſt,

Hiernächſt 2) im gegenwärtigen Falle die vorgedachte Obſervanz in der B—ſchen Familie beſonders hergebracht worden, wie davon in den in der Anlage angeführten Beyſpielen ein hinlänglicher Beweis vorhanden iſt, 13

Inmaßen 3) der gemeinſame Stammvater dieſes Geſchlechts L. von B. gleich damahls als er ſeine erworbenen Güter der fränkiſchen Reichsritterſchaft und beſonders dem Canton Rhön-Werra Buchiſchen Bezirks einverleiben laſſen, unter ſeinen Kindern im Jahr 1536 die Verordnung errichtet hat, daß ſeine fünf ausgeſtatteten Töchter mit einer Ausſtattung von 6000 Fl. ſich begnügen und vermöge des bey ihrer Verheyrathung ſchon geleiſteten Verzichts an der übrigen väterlichen mütterlichen und brüderlichen Verlaſſenſchaft an Erbe und Gütern keinen weitern Antheil haben ſollten, nicht minder deſſen zwey noch unverheyrathete Töchter einen gleichmäſſigen Verzicht zu leiſten verpflichtet ſeyn ſollten, und wenn gleich derſelbe noch kein ewiges Ge-

ſetz

ſetz für ſeine Nachkommenſchaft vorgeſchrieben, dennoch ſelbiger dabey eine ſchon in vielen ritterſchaftlichen Geſchlechtern hergebrachte Gewohnheit unter ſeinen Kindern zum Grund gelegt hat, welche nachher unter ſeinen Deſcendenten zur Vorſchrift angenommen worden,

14 indem 4) eben dieſes von ſolcher Zeit an in dem B—ſchen Geſchlechte bey jedem Succeſſionsfalle wo mit den Söhnen Töchter concurrirt haben, zufolge der in den Anlagen enthaltenen beſtimmten Nachrichten ſeit 200 Jahren befolgt und die Töchter zu dem Verzicht auf alle Güter, bewegliche und unbewegliche angehalten ſind, und dieſer von ihnen geleiſtet worden iſt,

15 auch 5) daß ſolche Verzichte von den Töchtern aus der Meinung einer ihnen dazu obliegenden Verbindlichkeit geleiſtet ſind, in verſchiedenen bey ſolcher Gelegenheit ausgeſtellten Reverſen laut deren beygebrachten Extracten namentlich ausgedrückt worden, wie denn M. B. von B. den im Jahr 1641 geleiſteten Verzicht dem B—ſchen adlichen Gebrauch und guten Herkommen nach zu thun ſich ſchuldig und verbunden zu ſeyn, ferner A. J. von B. den im Jahr 1692 gethaenen Verzicht nach dem bey der B—ſchen Familie hergebrachtem Rechte und Gewohnheit abgegeben zu haben, desgleichen die 4 Töchter des W. C. von B. in der Verzichts-Urkunde vom J. 1714. durch eine dem B—ſchen Geſchlechte angemeſſene eidliche Renunciation aller väterlichen Erb- und Verlaſſenſchaft abgeſagt zu haben, bekannt, und als des A. G. von B. Schweſter H. S. wegen des ihrem Verſprechen gemäß zu leiſtenden Verzichts Schwierigkeit gemacht, dieſelbe durch die Weiſung der Ritterhauptmannſchaft vom 18ten Jul. 1733 zu ſolcher Ableiſtung angehalten, und dieſe auch von ihr wirklich gethan worden,

16 Daraus aber 6) ſich ergibt, daß die bey den verſchiedenen Succeſſionsfällen ſo oft eingegangenen Verzichte, als actus voluntarii nicht, ſondern als actus ex opinione neceſſitatis ſuſcepti anzuſehen, weil bey deren Ableiſtung eine aus dem Herkommen adlicher Häuſer obliegende Pflicht, und eine ſchon in der B—ſchen Familie eingeführte Obſervanz zum Grund gelegt worden, dergleichen actus frequentes, diuturni et ex opinione neceſſitatis ſuſcepti eine Obſervanz erhärten, welche vim taciti pacti familiae in der Familie gewinnet, obſeruantia enim fundatur per actus, ex opinione neceſſitatis id eſt, exigente altera parte cuius intereſt ſuſceptos, ac dein quotiescunque occaſio ſe offert, ex eadem ratione ſuſceptos

de Cramer obſ. iur. vniv. obſ. 781. §. 14.
Kemmerich de prob. conſuet. et obſerv. §. 10.

eaque vim taciti pacti habet.

Boehmer in princ. iur. can. lib. 2. ſect. 3. tit. 5. §. vlt.

17 Hiebey auch 7) der vorangezogene Umſtand, als ob ehedem die Töchter in Betracht der die Güter der Familie drückenden Schulden und bloß aus Gefälligkeit gegen ihre Brüder zu dem Verzichte ſich verſtanden, um ſo mehr wegfällt als eines Theils von dieſem Umſtande die geringſte Erwähnung in den Verzichts-Urkunden nicht vorkommt,

kommt, vielmehr dabey eine aus dem Herkommen obliegende Schuldigkeit zur Urſach des geleiſteten Verzichts angeführt wird, andern Theils in der Anlage E. eine Nachricht von den Vermögens-Umſtänden der Familie B. beygebracht iſt, und daraus, daß die Nachkommen des gemeinen Stammvaters dieſer Familie von Zeit zu Zeit anſehnliches Vermögen erworben haben, bemerklich gemacht, und dadurch zugleich, daß eine bloß auf Rettung von Schulden gerichtete Abſicht bey den Verzichten nicht eintreten können, dargethan worden iſt,

Am wenigſten aber 8) gegen den Beſtand einer ſolchen Obſervanz ein Einwurf 18
aus dem Reichsabſchiede vom Jahr 1529. §. 32. gemacht werden mag, inmaßen darin bloß von der in Streit gezogenen Erbfolge der Brüder und Bruder-Kinder gehandelt, hingegen die Kraft und Verbindlichkeit einer gegen die gemeinen Rechte eingeführten Obſervanz nirgend aufgehoben worden iſt, vielmehr einer hergebrachten Obſervanz auch ſelbſt nach Vorſchrift der Reichsgeſetze in der

Cammerger. Ordn. P. I. tit. 57.
Reichsabſch. vom J. 1654. §. 105.
Reichshofraths-Ordnung Ferdinand des 3ten Tit. 1. §. 15.

ein Vorzug vor den gemeinen Rechten gebührt, beſonders aber in den reichsunmittel- 19
baren Familien die Succeſſionsrechte durch Verträge ſowohl als durch Obſervanz von jeher auf das bündigſte und ohne dabey einer hohen obrigkeitlichen Beſtätigung nöthig zu haben, beſtimmt worden.

Stryk de ſucc. ab inteſt. diſſ. 8. c. 7. §. 18. ſq.
- *Boehmer* conſult. et dec. tom. 1. P. 2. N. 46. n. 14-38.
Reinhardt ad Chriſt. deciſ. vol. VI. obſ. 20.

Und wie 9) in jeder Familie auf die darin beſonders hergebrachten Rechte und 20
Obſervanzen es ankommt, ſo aus demjenigen, was in der Familie von T. wegen ermangelnden hinlänglichen Beweiſes einer hergebrachten Obſervanz erkannt worden, eine Folge auf andere Familien in welchen dergleichen Obſervanz hergebracht iſt, eben ſo wenig gezogen, als von der wirklichen Obſervanz des einen Geſchlechts ein Schluß auf die Obſervanz eines andern Geſchlechts gemacht werden kann, überdem ſelbſt in der Familie von T. nach den vom Cammergerichts-Aſſeſſor von Cramer in

Obſ. iur. Tom. III. obſ. 785. §. 20.

angeführten Gründen die in Frage ſtehende Obſervanz nicht einmahl in Zweifel gezogen worden,

Endlich 10) der Unterſchied des gegen die vorige Zeit im gegenwärtigen Falle un- 21
gleich ſtärkern Allodial-Vermögens an Baarſchaften und Capitalien in Anſehung des zu leiſtenden obſervanzmäßigen Verzichts an und für ſich zwar nicht in Betracht kommen kann, da die in der B—ſchen Familie ausgeſtellten Verzichts-Urkunden auf alle Erbgüter, liegend und fahrend, nichts ausgenommen, gerichtet ſind, jedoch ſolcher bey Beſtimmung der Ausſtattungs- und Abfindungs-Summe auſſer rechtlicher Abſicht

nicht zu ſetzen iſt, da eines Theils gedachtes Quantum ſchon in vorigen Zeiten bey dieſer Familie gewechſelt und im Jahr 1536 wo 7 Töchter vorhanden geweſen jeder 600 Fl. im Jahr 1548 einer einzigen Tochter 3000 Fl. im Jahr 1571. 1000 Thlr. und in den neuern Zeiten nach Beſtimmung der Eltern meiſtentheils nur 1000 Fl. ausgeſetzt worden, andern Theils auch die Billigkeit erfordert daß bey ſolcher aus dem Erbe zu leiſtenden Abfindung ſowohl auf den Zuſtand des erblichen Vermögens als auf die Anzahl der Töchter rechtliche Rückſicht zu nehmen iſt,

Knipſchild de fid. fam. c. 6. n. 195.
Ertel obſ. equeſtr. tom. 2. p. 76.

bey ſo bewandten Umſtänden alſo, und

22 Da 11) die Schuldigkeit zur Verzichts-Leiſtung auf der Obſervanz des B—ſchen Geſchlechts beruht die Tochter auch wieder ihren Willen gegen eine billigmäßige Ausſtattung den geforderten Verzicht zu leiſten für ſchuldig und im Weigerungsfalle pro renunciata zu achten, ſi enim filiae conſuetudine aut pactis familiarum a ſucceſſione excluduntur, et renunciare detrectant ipſo iure pro renunciatis haberi poſſunt

de Cramer de filia nobili vi conſuet. vel pact. fam. renunciante §. 18. tom. 1. opuſc. p. 266.
Nicol. Euerhardus Conſ. 6. n. 13.
Gundling de renunciat. filiar. c. 4. §. 5.

Als ſind wir dieſem allen zufolge der rechtlichen Meinung:

23 Daß die Tochter vermöge der in der B—ſchen Familie hergebrachten Obſervanz eben ſowohl auf das angefallene und neu erworbene Vermögen, als auf die altväterlichen Güter gegen eine billigmäßige Ausſtattung und Heyrathsgut Verzicht zu leiſten ſchuldig, und ſo ſie ſich deſſen weigerte den Rechten nach pro renunciata zu achten ſey.

24 Anlangend die

zweyte und dritte Frage:

Ob des Ehemanns Einwilligung dazu nothwendig erfordert werde?

und dafern dieſes zu behaupten

Ob dieſer der geſchehenen Genehmigung des Entwurfs der Ehepacten und des Verzichts ſelbſt unerachtet den Conſens verſagen könne?

25 Obwohl 1) der zu leiſtende Verzicht bloß die Rechte der Töchter betrifft und deshalb dazu nach gemeinen Rechten des Ehemannes Einwilligung nicht nöthig iſt, vielmehr darunter daß dieſer öfters zugezogen wird nur eine Vorſicht beobachtet zu werden pflegt,

26 Und wenn gleich 2) eine Verzicht leiſtende Tochter nach Sachſen Recht zu ſolcher Handlung einen Curator nöthig hat, dennoch verſchiedene Sächſiſche Rechtslehrer dafür

für halten, daß eine Ehegattin, auſſer ihrem Manne einen andern Curator zu erwählen die Freyheit behalte, und unter Zuziehung eines andern Curtaors ein Rechtsgeſchäft mit Beſtand vollziehen könne,

Berger elect. diſc. for. tit. 8. obſ. 5.
Barth in hodegeta forenſi p. 93.

Allenfalls aber 3) im gegenwärtigen Falle in Betracht kommt, daß der Gemahl 27
in dem Schreiben vom 8ten Jul. 1773 den Entwurf zu den Ehepacten und zu dem Verzicht unumwunden angenommen, und daß er bey der hergebrachten Renunciation kein Bedenken finde ausdrücklich declarirt, daraus aber ein hinlänglicher Grund, denſelben zur Ertheilung der Einwilligung für verbindlich zu halten, herzuleiten zu ſeyn ſcheint;

D. a. u. d. 1) im gegenwärtigen Falle in Erwägung deſſen daß der Ehemann 28
der renunciirenden Tochter ein Sächſiſcher Edelmann iſt, die Sächſiſchen Rechte zum Grund zu legen, nach welchen ein Ehemann ehelicher Vormund ſeiner Ehegattin iſt, und uuter dieſer Eigenſchaft auch deſſen Einwilligung zu dem zu leiſtenden Verzicht ſeiner Ehegattin deshalb erforderlich iſt, weil eine Frau nach Sächſiſchem Rechte keine verbindliche Handlung ohne Beytritt und Einwilligung ihres Curators eingehen kann,

Hiernächſt 2) die Frage ob eine Ehegattin einen andern, als ihren Ehemann zum 29
Curator bey einem Rechtsgeſchäfte annehmen könne, in Sächſiſchen Rechten zwar ausdrücklich nicht entſchieden iſt, jedoch die neuern Rechtslehrer, aus dem Grunde, daß ein Ehemann ein ſchon durch die Rechte geordneter Vormund und Beyſtand ſeiner Ehegattin ſey, und er dazu ein aus den Geſetzen erlangtes Recht für ſich habe, behaupten, daß ohne deſſen Einwilligung ein anderer Vormund der Ehegattin nicht beſtellt werden könne,

Hommel obſerv. 266.
Wernher in iuriſpr. formul. c. 1. §. 26.

Dieſerhalb 3) im gegenwärtigen Falle zu Ableiſtung eines verbindlichen Verzichts 30
die Einwilligung des Ehemannes als ehelichen Vormunds nach den Gründen des Sächſiſchen Rechts als welchem ſie auch ex iure domicilii mariti bey Schlieſſung eines Rechtsgeſchäfts unterworfen iſt, erfordert wird,

Hiernächſt 4) aus der von dem Ehemanne in dem Schreiben vom 8ten Jul. 31
ertheilten und unumwundenen Erklärung ein ſicherer Rechtsgrund, um denſelben zu Ertheilung ſolcher Einwilligung für verbindlich zu halten, deshalb nicht hergeleitet werden kann, weil derſelbe damahls als Bräutigam für einen rechtlichen Vormund ſeiner künftigen Ehegattin nicht anzuſehen geweſen, und daher die Erklärung die derſelbe damals in ſeinem eigenen Namen dahin gethan, daß er dabey das mindeſte Bedenken nicht finde, ihm deshalb nicht entgegen ſteht, weil deſſelben Einwilligung von ihm nicht im eigenen Namen ſondern unter der Eigenſchaft eines ehelichen Vormunds erfordert wird, und ihn hierunter jene Erklärung nicht bindet,

32 Nicht zu gedenken daß 5) die von ihm unterſchriebene Verzichts-Urkunde wegen der in dem Begleitungs-Schreiben gethanen Aeußerung ihm wieder zurückgeſandt und ſeine Erklärung nicht angenommen worden, und dadurch die ganze Verhandlung wegen der in Streit ſtehenden Einſchränkung ſeiner Erklärung zur Vollſtändigkeit nicht gediehen,

33 Als halten wir den Rechten nach dafür:

Daß 1) nach Sächſiſchen Rechten des Ehemanns als ehelicher Vormunds Einwilligung zu dem zu leiſtenden Verzicht ſeiner Ehegattin nöthig ſey und 2) die von demſelben als Bräutigam geſchehene Genehmigung des Entwurfs der Ehepacten und des Verzichtes, einen hinlänglichen Grund nicht in ſich faſſe, ihn als ehelichen Vormund zu Ertheilung der Einwilligung anzuhalten. 1774.

Num. 102.

RESPONSVM.

THEMA GENERALE.

Quatenus fructus vltimi anni ex feudo ad heredes allodiales vel ad ſucceſſorem feudalem pertineant.

Argvmenta specialia.

Quaeſtio propoſita. n. 1.
Diſpoſitio iuris feudalis Longobardici circa fructus feudi naturales. n. 2.
Leges et obſeruantiae particulares circa acquiſitionem fructuum ad fructus ex feudo quoque applicantur. n. 3. 5.
Iuris Colonienſis diſpoſitio et diſtinctio inter fr. induſtriales et mere naturales. n. 4. 9.
Iuris Iuliacenſis et Montenſis ſanctiones. n. 6.
Ius Germanicum antiquum in Saxonia et in iis terris in quibus ius Saxonicum viget in obſeruantia eſt. n. 7.
Intuitu fructuum mere naturalium in terris Colonienſibus ius Longobardicum receptum eſt. n. 8.
Fructuum feudi ciuilium in iure Longobardico nulla fit mentio. n. 10.
Secundum ius commune fructus quorum dies viuo vaſallo venit ad heredes allodiales pertinent. n. 11.
Fructus quorum dies poſt mortem vaſalli venit, inter ſucceſſores in feudo et heredes allodiales pro rata diuiduntur. n. 12.
Ius vaſalli in feudo pro ſimplici vſufructu haberi non poteſt. n. 13.
Intuitu locarii eadem valent iura quae intuitu fructuum pro quorum perceptione illud ſoluitur valent. n. 14.
Quaeſtionis deciſio. n. 15.

Rechtsgutachten.

§. 1.

Die zu Erſtattung eines Gutachtens mir vorgelegte Frage, 1

Wie es in dem Falle, wenn ein Lehn durch Abſterben des Lehn-Manns dem Lehnherrn anheimfällt, mit den Lehnfrüchten und Nutzungen des Sterbejahrs zu halten ſey?

betrifft ein Chur-Cöllniſches Lehn und erfordert nach dem Unterſchied unter den natürlichen Früchten, die aus dem Lehn in das Sterbejahr des letzten Vaſallen fallen, und un-

unter den übrigen Lehns-Nutzbarkeiten oder ſo genannten fructuum feudi ciuilium, eine doppelte Betrachtung.

§. 2.

2 So verſchieden auch die Rechte in Anſehung der natürlichen und beſonders der durch Cultur zu erwerbenden Lehnsfrüchte ſind, ſo iſt dennoch in den meiſten Lehns-Verordnungen auf die Art und Weiſe wie Früchte überhaupt aus der in Beſitz habenden Sache erworben werden, um deſto mehr eine billige Rückſicht genommen, weil die aus einem Lehngut zu erwerbenden Früchte zu dem Erb- und Eigenthum gerechnet werden.

Da die Erwerbung der Früchte eines rechtmäſſig beſeſſenen Gutes von der an dem Lande geleiſteten Cultur abhänget: ſo iſt in den Longobardiſchen Lehnrechten eine gewiſſe Zeit des Jahres, wo nach dem Italieniſchen Clima die Beſtellung des Landes beendigt zu ſeyn pflegte, zum Beſtimmungs-Grunde angenommen, und dabey auf den Anfang des Monats März, in welchem die Beſtellung des Landes größten Theils vollbracht worden, in der maßen Rückſicht genommen, daß wenn das Abſterben des letzten Vaſallen zwiſchen dem 1ten März und dem 1ten September erfolgt, die natürlichen Früchte des Lehngutes deſſen Allodial-Erben, und wenn ſolches zwiſchen dem 1ten September und dem 1ten März ſich ereignet, die Früchte des Sterbejahres dem Lehnherrn zufallen ſollen. Dieſes verordnen die Lehnrechte

II. F. 28. §. 3.

und wenn gleich in dieſer Verordnung bemerkt iſt, daß einige Rechtslehrer alle Früchte ſo nach dem Abſterben des letzten Vaſallen aus dem Lehne fallen ohne allen Unterſchied dem Lehnherrn zugeeignet; ſo iſt dennoch dieſe Meinung daſelbſt nur hiſtoriſch vorgetragen, und die vorhin angeführte und nach der Jahrszeit gemachte Beſtimmung die eigentlich geſetzliche Verordnung, und dafür iſt ſie auch in Teutſchland durch den Gerichtsgebrauch angenommen, ſo ferne nicht ein beſonderes Recht in einzelnen Ländern durch Geſetze oder Lehns-Obſervanz hergebracht worden.

Roſenthal de feudis cap. 10. concl. 42. n. 44.
Gabriel Schweder de fructibus feudi §. 25. ſq.

§. 3.

3 Dergleichen beſondere Obſervanz in Anſehung der Lehnsfrüchte iſt vornehmlich in den Ländern hergebracht, in welchen in Anſehung der Acquiſition der Früchte überhaupt beſondere Landesgeſetze vorhanden ſind, indem dieſe bey den Früchten eines ausgeſtorbenen Lehns deshalb in Anwendung gebracht worden ſind, weil es bloß die Früchte betroffen, welche auch in anderer Hinſicht bey dem Lehn die Eigenſchaft des Allodiums gewinnen. Dieſer Grund tritt bey den Chur-Cölniſchen Lehen ein.

4 Es verordnet nemlich 1) die Chur-Cölniſche General- und Univerſal-Rechtsordnung

tit. 8. §. 7.

daß

die angeſäeten Feldfrüchte und Wein an den Stöcken, wenn er vor dem Fall mit dem erſten Band beſchloſſen, Baum Obſt und Gras-Gewächs aber, wenn der Fall nach dem erſten Martius ſich begibt,

unter die beweglichen Güter zu rechnen, welche dem überlebenden Ehegatten zu vollkommenem Recht anfallen. Hier iſt der Unterſcheid inter fructus induſtriales, dergleichen die angeſäete Früchte und der Wein an Stöcken iſt, und inter fructus mere naturales, als dem Baum, Obſt und Grasgewächs beobachtet, und bey erſtern ſind die alten Teutſchen Rechte, nach welchen die angebaueten Früchte den Land-Erben gehören, zum Grund gelegt, und bey den letztern iſt der auf den 1ten März geſtellte Termin aus den Longobardiſchen Rechten angenommen, und dadurch zu erkennen gegeben worden, daß das Longobardiſche Recht nur ſo weit es mit den hergebrachten Landesrechten ſich vereinigen laſſe, in dieſer die Vererbung der Früchte betreffenden Materie Anwendung leiden ſolle.

§. 4.

Wenn gleich 2) dieſe Verordnung, ihrem wörtlichen Inhalte nach, nur den Fall 5
betrifft in wie weit nach Abſterben des einen Ehegatten die Früchte ſeines Vermögens auf den überlebenden Ehegatten vererbet werden; ſo kommt es dennoch hiebey nicht gerade auf den namentlich bemerkten Fall, ſondern auf die landesgeſetzlichen Grundſätze an, nach welchen der Erwerb und die Vererbung der Früchte in ſolchem Falle beſtimmt iſt. Dieſe gewinnen die richtige Anwendung bey Gütern, ſie mögen Erbe oder Lehn ſeyn, weil ſelbſt die Früchte eines Lehngutes unter das Erbe gehören, und daher auch nach den Landesgeſetzen, welche die Art, ſolche zu erwerben und ſie zu vererben, beſtimmen, billig zu beurtheilen ſind.

§. 5.

Dieſe Grundſätze ſind 3) in den Jülichſchen Bergiſchen und andern benachbarten 6
Ländern angenommen. In der Jülich- und Bergiſchen Reformations-Ordnung

Cap. 95.

iſt eine der Chur-Cölniſchen ähnliche Satzung enthalten, und alles

was die Egge beſchoren, und Weingard, ſo mit dem erſten Bande beſchloſſen,

iſt bey der Succeſſion der Ehegatten unter das Erbtheil an beweglichem Gut gerechnet. Dieſe Grundſätze, weil ſie in Landesgeſetzen feſtgeſtellet worden, ſind nicht allein, wie

Melch. Voetius in hiſt. iur. civ. Iuliac. et Mont. n. 241.

anmerkt, in omni ſucceſſione teſtamentaria et legitima angenommen, ſondern auch darnach der Anfall der Lehnsfrüchte beurtheilet und entſchieden worden.

Voetius in obſ. feud. obſ. VIII. n. 27. 28.

Die-

Dieſes bey Lehngütern daſelbſt hergebrachte Recht bezeuget auch aus eigener Gerichtskenntniß

Roſenthal de feud. cap. 10. concl. 42. n. 44.

idem ius quoad feuda obſeruari in ducatu Montenſi et Iuliacenſi et plerisque aliis locis vicinis: etiamſi enim ſtatutum non expreſſe hoc dicat, et alioquin controuerſum ſit, an feuda ſub ſtatutis comprehendantur: vbi tamen ſtatuta vel conſuetudo ad feuda etiam vſu extenſa ſunt, de eo non eſt dubitandum.

§. 6.

7 Dieſem tritt 4) hinzu, daß dasjenige ſo die Chur-Cöllniſche Rechtsordnung in Anſehung der von der Cultur abhangenden Früchte verordnet, vordem gemeinen Teutſchen Rechtes geweſen, und dasjenige, was die Egge beſtrichen und die Hacke bedeckt, auf die Land-Erben vererbet worden, wenn gleich das Gut ſelbſt auf einen andern Beſitzer gefallen iſt,

Ius Provinc. Sax. lib. 3. art. 76.
Ius Prov. Alem. cap. 223. in *Senckenbergii* corp. iur. Germ. tom. 2. p. 272.
Henr. Coccei de iure feminis §. 5. 6.
Hertius in Paroemiis iuris par. 20. et 87.

und wenn gleich die angezogenen Stellen des Sächſiſchen und Schwäbiſchen Rechts der Früchte aus Lehngütern keine ausdrückliche Meldung thun: ſo iſt dennoch ſolches in Sachſen und wo ſonſt Sächſiſches Recht hergebracht iſt, auf die Früchte der Lehngüter in beſtändige Anwendung gezogen und ſolches auch nachher in Sachſen ausdrücklich beſtätiget worden

Conſt. Sax. Elect. P. III. Conſt. 32. ibique *Carpzouius*.

8 Daher iſt auch dasjenige, ſo in der Chur-Cöllniſchen Rechts-Ordnung von den fructibus induſtrialibus verſehen iſt, als ein aus alten Teutſchen Sitten hergebrachtes Recht, deſto ſicherer in Anwendung gebracht und dadurch verhindert worden, daß die Verordnung der Longobardiſchen Rechte in Anſehung dieſer Gattung der Früchte, keinen Gerichtsgebrauch erhalten. Dagegen iſt die Verordnung der Longobardiſchen Rechte, ſo weit ihr die Chur-Cöllniſchen Landesrechte nicht entgegen geweſen, angenommen, und bey den bloß natürlichen Früchten, als bey dem Baum Obſt und Grasgewächſen, deren Wachsthum nicht jedes Jahr eine beſondere Cultur erfordert, dergeſtalt in rechtlichen Gebrauch gezogen worden, daß auch in Allodial-Erbfällen als bey der Beerbung der Ehegatten auf das vor oder nach dem 1ten März erfolgte Abſterben des verſtorbenen Ehegatten in der Chur-Cöllniſchen Rechts-Ordnung Rückſicht genommen wird. Solchem allem nach halte ich nach Masgebung der angeführten Chur-Cöllniſchen Rechts-Ordnung dafür:

9 Daß ſoviel die fructus induſtriales von dem Sterbejahr des letzten Lehnmanns bey Chur-Cöllniſchen Lehen betrifft, ſowohl die angeſäeten Früchte des Feldlan-

landes als auch den Wein an den Stöcken, wenn er vor dem Abſterben des letzten Lehnmannes, mit dem erſten Band beſchloſſen, deſſen nachgelaſſenen Allodialerben ohne Ausnahme gebühre, hergegen die bloß natürlichen Früchte, als das Baum- Obſt- und Graßgewächſe, den Allodialerben nur alsdann anfalle, wenn der letzte Lehnmann nach dem 1ten März geſtorben.

§. 7.

Soviel die fructus feudi ciuiles betrifft, iſt davon keine beſondere Lehnsverordnung in den Longobardiſchen Rechten vorhanden, und die vorangeführte Verordnung 10

II. F. 28. §. 3.

kann auf dieſe nicht gezogen werden, da ſie nur von den natürlichen und von den aus der Sache ſelbſt herrührenden Früchten handelt.

Schweder de fructibus feudi §. 31.
Roſenthal de feud. c. 10. concl. 42. n. 59.

und auf Gründen beruhet, welche bey ſolchen allein ſtatt haben.

Daher iſt die Meinung der Rechtslehrer gegründet, daß dergleichen Lehns-Nutzbarkeiten wenn ſolche nicht gerade als dingliche dem Lehn anhangende Rechte und Privilegia, dergleichen z. B. das Patronat-Recht oder das Recht den landſtändiſchen Verſammlungen beyzuwohnen oder das Recht After-Belehnungen zu ertheilen iſt, anzuſehen ſind, als welche jederzeit den Beſitzern gebühren, ſondern in Zehnten Zinſen und ähnlichen auf gewiſſe Zeiten geſtellten Gefällen beſtehen, nach den Gründen und nach der Analogie der gemeinen Rechte zu beurtheilen ſind. Deshalb kann es denn aber auch keinen Zweifel leiden, daß die bey dem Leben des letztern Lehnmanns betagten Gefälle und Nutzungen, weil dieſe unter die ſchon erworbenen Früchte gehören, den Erben des letzten Lehnsbeſitzers gebühren. 11

§. 8.

Von ſolchen Lehns-Nutzungen und Gefällen, welche erſt nach dem Abſterben des letzten Lehnmannes betaget und fällig werden, bleibt alſo allein die Frage übrig: und bey dieſen tritt die Analogie der gemeinen Rechte ein, nach welchen bey dem Abſterben des Ehemanns die Nutzungen des dotis unter deſſen Erben und unter deſſen Ehefrau nach dem Verhältniß der Zeit, in welcher die Ehe geſtanden, und der Ehemann die Laſten der Ehe getragen, zu vertheilen ſind. 12

L. 7. §. 1. D. Soluto matrim.
L. vii. §. 9. C. de rei vxor. act.

Mit Beſtand iſt hievon die Anwendung auf die nach Abſterben eines Lehnmannes fallenden fructus ciuiles gemacht worden; weil ein Lehnmann die Benutzung des Lehns in Rückſicht der davon zu leiſtenden Lehnspflichten erhebt, und daher bey denſelben ein gleicher Grund wie bey dem Ehemanne eintritt, daß er ſoviel an den Lehns-Nutzungen verdienet, als er in dem letzten Jahr, der Zeit nach, gelebt hat. Auf die-

ſe Analogie iſt die gemeine Meinung der Rechtslehrer gegründet, quod fructus ciuiles veluti decimae et cenſus, ſi eorum dies poſt mortem vaſalli venerit, ſecundum principia iuris communis inter vaſalli heredes allodiales atque ſucceſſores feudales pro rata temporis diuidendi ſint.

Hart. Piſtor quaeſt. iuris lib. 1. qu. 24. n. 60.
Berlich P. III. concl. 22. n. 6.
Wernher obſ. iur. P. VII. obſ. 13. n. 18.
Struv in ſynt. iur. feud. cap. 15. aph. 16.
Idem in Obſ. feud. ad cap. 15. obſ. 9.
Horn in iurispr. feud. c. 16. §. 29.
Boehmer Conſ. et deciſ. tom. 1. P. 2. arg. 64. n. 58.

§. 9.

13 Wenn auch hiebey die Einwendung gemacht werden könnte, daß die Lehns-Nutzbarkeiten oder fructus ciuiles mehr nach der Analogie des vſusfructus deshalb zu beurtheilen seyn dürften, weil das Recht am Lehn ein vſusfructus pflegt genannt zu werden, und gleichwohl die Früchte, welche nach dem Tode des vſufructuarii erſt fällig werden, deſſen Erben nicht, ſondern dem Eigenthümer, zu Theil werden:

L. 58. D. de vſufructu.
Carpzov P. III. C. 32. def. 19.

ſo iſt dennoch dabey in Erwägung zu ziehen, daß das Recht eines Lehnmannes am Lehne nicht bloß nach dem Rechte eines vſusfructus betrachtet werden kann, da es ein nutzbares Eigenthum enthält. Wollte man auch dieſes einen vſumfructum iuris Germanici nennen, ſo enthält dennoch ſolcher keinen ſimplicem vſumfructum ſondern einen vſumfructum ob cauſam. Weil dieſem zu Folge der Lehnmann die Lehns-Nutzungen durch die Lehndienſte und Pflichten verdienen muß ſo hat er auch einen Theil der Lehns-Nutzungen abverdienet, indem er einen Theil des Jahres, in welches dieſe fallen, gelebet hat: und hierauf beruhet der Rechtsgrund der pro rata temporis zu theilenden fructuum ciuilium.

§. 10.

14 Nur können die Pachtgelder, welche für verpachtete Lehnländereyen erhoben werden, nicht ſchlechterdings nach gleichem Rechte mit den übrigen fructibus ciuilibus beurtheilet werden. Denn dieſe werden vermöge des von dem Lehnmann eingegangenen Pachtcontracts für die natürlichen Früchte erhoben; und ſie vertreten die Stelle der natürlichen Früchte, da es in der Freyheit des Lehnmanns geſtanden, die Lehnsfrüchte durch einen Pachter zu heben und ſich dafür die Vergütung durch Pachtgelder reichen zu laſſen. So weit alſo die natürlichen Früchte des Lehns dem Erben des verſtorbenen Lehnmannes gebühren ſo weit haben ſie auch ein vollkommenes Recht an den dafür zu zahlenden Pachtgeldern: wie ſolches

Pufendorf in obſ. iur. vniv. tom. 1. obſ. 185. §. 2.

mit

mit Gründen und nach dem Gerichtsgebrauche ausgeführet hat.

Dieſemnach bin ich der rechtlichen Meinung:

Daß die Lehns-Nutzbarkeiten an Zehnten Zinſen und ähnlichen Abgiften 15
nach dem Verhältniſſe der Zeit, in welcher der Lehnmann im letzten Jahre gelebt, mithin pro rata temporis unter deſſen Erben und den neuen Lehnsbeſitzern zu vertheilen, jedoch Pachtgelder, ſo für die verpachteten natürlichen Früchte des Lehns erhoben werden, nach gleichem Recht, wie die natürlichen Früchte, zu beurtheilen ſind. 1781.

Num. 103.

RESPONSVM.

THEMA GENERALE.

Quatenus ex teſtamento non extante ſuccedatur.

ARGVMENTA SPECIALIA.

Species facti. n. 1.
Quaeſtio. n. 2.
Vt ex teſtamento hereditas adiri poſſit, conſtare debet tempore mortis extitiſſe teſtamentum. n. 3.
Non ſufficit vt ex alio ſcripto de voluntate teſtatoris conſtet. n. 4.
Ex teſtamento imperfecto hereditas adiri nequit. n. 5.
Amiſſio tabularum teſtamenti poſt mortem non nocet. n. 6. 10.
Teſtamentum conditum eſſe demonſtratur. n. 7.
Teſtamentum tempore mortis adfuiſſe oſtenditur. n. 8.
Inde colligitur poſt mortem amiſſum eſſe. n. 9.
Teſtamentum amiſſum vero rite debet eſſe conditum. n. 11.
Neceſſe eſt vt ea quae in eo contenta ſunt probari poſſint. n. 12. 14.
Quae inconſulto teſtatore fiunt teſtamenti mutationes ei non nocent. n. 13.
Teſtamenta clericorum in quibusdam locis absque ſollennibus valent. n. 15.
Quaeſtionis deciſio. n. 16.

Rechtsgutachten.

§. 1.

1 Sempronius hat drey beträchtliche Dom-Präbenden beſeſſen.

Um bey dieſen drey Dom- und Ritterſtiftern ſeine Obliegenheiten deſto beſſer beobachten zu können hat er bey der erſten zu A. mit welcher die meiſten Geſchäfte verbunden geweſen ſich die mehrſte Zeit aufgehalten, und daſelbſt ſeinen feſten Wohnort genommen auch dieſem zu Folge bereits als Domicellar, mithin lange ehe er zu Capitel gegangen von einem alten daſigen Capitularen deſſen neu erbaueten Domherrn-Hof für 4000 Fl. baares von der Familie vorgeſchoſſenes Geld unter der weſentlichen und in dem Kaufcontract ausgedrückten Bedingung erkauft daß wenn der Käufer, ohne einen auf dieſem Hochſtift aufgeſchwornen Nepoten zu hinterlaſſen ſterben ſollte, hingegen der Verkäufer einen Nepoten allda haben würde, beſagter Domherrn-Hof dieſem

ſem leztern gegen Zurückzahlung der dafür hergeſchoſſenen 4000 Fl. einzuräumen wäre.

Nach gezahltem Kauf-Schilling hat Sempronius dieſen Hof als Domicellar bezogen, ohne daß das hohe Domcapitel dagegen die mindeſte Einwendung gemacht hätte.

Nach Verlauf geraumer Zeit und zwar im Jahr 1762 hat er das Glück gehabt daß ihm bey dem Abſterben eines daſigen Capitulars noch eine Präbende angefallen.

Die Liebe zu ſeinem Neveu Mevius deſſen Pathe er geweſen der mithin auch ſeinen Nahmen führt, hat ihn daher bewogen ihm nicht nur die angefallene Präbende zu übergeben, ſondern auch den gedachten Domherrn-Hof und was er ſonſt an Vermögen beſeſſen zu vermachen. Dieſen ſeinen lezten Willen hat er auch mit eigener Hand niedergeſchrieben, und es ſind von geſchickten Geiſtlichen acht wohl anſpielende Chronographica darüber verfertigt.

PatrVVs.. ab... NepotI PraebenDas et aeDes ConCeDIt.
PraebenDIs et aeDe... ConDeCoratVs a PatrVo Nepos. etc.

Unterm 7ten Jul. 1762 hat derſelbe endlich abermahls ſeinen lezten Willen zu Gunſten des Mevius in nachfolgenden unter Beifügung des Datums eigenhändig geſchriebenen Reimen erklärt:

In meinem Leben hab geben
Jacob mein hieſiges Präbend
Meinen Hof mit allem
Nach meinem Endt.

Hat auch Sempronius verſchiedenen ſeiner Vertrauten die Abſicht daß Mevius ſein Univerſal-Erbe ſeyn, und alles was er hätte nach ſeinem Tode überkommen ſollte offenbaret.

Auch hat er kein Bedenken genommen dem Mevius als dieſer bey Gelegenheit einer Reiſe von ihm ſich beurlaubt hat ſelbſt zu ſagen daß er ſein alleiniger Erbe ſeyn ſolle und ihm das geſchriebene Teſtament welches er aus ſeiner Commode hervorgezogen zu zeigen.

Nach einigen Monathen da eben Mevius entfernt geweſen, hat ſich Sempronius nach dem Domſtift zu B. verfügt um allda einem wichtigen Geſchäfte beyzuwohnen. Kurz vor der Abreiſe hat ſich der Vorfall ereignet, daß ein bey ihm im Dienſt ſtehender Koch, ihn um ſeinen Lehrbrief, den er in Verwahrung gehabt gebeten hat, worauf Sempronius verſezt: dieſer Lehrbrief ſey wohl aufgehoben er liege bey ſeinem Teſtamente.

Endlich iſt er als er ſich gerade auf der Präbende C. aufgehalten plözlich geſtorben.

Es iſt daſelbſt alles obſigniret worden, es hat ſich aber kein Teſtament gefunden, daher der bey Lebzeiten ernannte Teſtamentarius den daſigen Statuten gemäß nach ab-

geſchwornem feyerlichem Eide des verſtorbenen Familie da er von obigem Teſtament keine Wiſſenſchaft gehabt für Erben deſſelben erklärt hat, welcher denn ſo fort das alldort vorgefundene Vermögen extradirt worden iſt.

Bey dem Domcapitel B. hat man eine Verſiegelung nicht nöthig gefunden, weil daſelbſt von der Verlaſſenſchaft nichts vorhanden geweſen. Hingegen wäre zu A. wo ſich das mehrſte Vermögen des Verſtorbenen befunden eine deſto größere Aufmerkſamkeit nöthig geweſen.

Der daſige Domdechant iſt gerade in großer Geſellſchaft bey Tiſch geweſen als die Nachricht von dem Tode des Sempronius eingelaufen, hat ſich aber ſofort in das Sterbehaus verfügt und alle Schränke und Zimmer allda verſiegelt und dann ſich wieder zu den Gäſten zurück begeben und in aller Gegenwart geſagt; es ſey gut, denn es ſey ein Teſtament da. Nach einiger Verweilung iſt derſelbe abermahls in das Sterbehaus gegangen und hat bey ſeiner Rückkunft dem erſtern entgegen geſagt, daß kein Teſtament da ſey.

Obwohl ſich nun nach den Rechten gebührt hätte jemanden von den präſumtiven Erben, zu der vorhabenden Inventariſation zuzuziehen, und mit demſelben das Inventarium über den Nachlaß zu errichten, ſo iſt doch alles gefliſſentlich unterblieben, im Gegentheil hat der Herr Domdechant alle Briefſchaften durchgeſehen, alle Baarſchaften, Kleinodien, Silbergeräthe, ja die brieflichen Urkunden und Obligationen eines wie das andere in Verwahrung genommen, ohne der Verwandtſchaft von dem Verhältniß die mindeſte Eröfnung zu thun, oder Nachricht zu geben.

Auch hat er alle Privat-Scripturen durchgeleſen und von ſelbigen je nachdem es ihm gut gedünkt zerriſſen und zerſchnitten. Zum Glück ſind aber dieſe Papiere nicht auf der Stelle verbrannt worden. Nachdem daher das hohe Domcapitel ſelbſt dieſes Verfahren gemisbilligt, und vermittelſt eines erlaſſenen Schreibens die Verwandten aufgefordert hat, einen Mandatarius welcher die Schriften durchgehen mögte, abzuſchicken auch Mevius ſelbſt mit noch einem Rath dazu bevollmächtigt worden iſt, und dieſe ſich dort eingefunden, hat man die ſchon auf die Seite gebrachten Briefſchaften wiederum herbeybringen laſſen, und da iſt es geſchehen, daß die vorgedachten die letzte Willens-Dispoſition des Sempronius enthaltenden Reime nebſt der dabey geſchriebenen Bemerkung

> Beyde Wappen in Stein mit dem Chronographico: A patruo ad nepotem ſucceſſio einmauren laſſen zu N. N.

dem Mevius ſelbſt in die Hände gefallen ſind, und daß die in eben dieſen Reimen ausgedrückte und mit Chronographicis beleuchtete Erklärung der Herr Dom-Dechant ſelbſt gefunden hat, welcher dann über dieſes Ereigniß erſtaunt iſt, die beyden Stücke genau betrachtet, und des Sempronius eigene Hand erkannt, und geſagt hat: daß damit ein guter Gebrauch zu machen ſey, und dann auch ſolche des andern Tages mit zu Capitel genommen und darin vorgelegt hat.

Bey

Bey dieſem wahren Hergange fragt es ſich:

Ob nicht der in Reimen ausgedrückte letzte Wille zumahl ſolcher in Stein 2
eingehauen werden ſollen für ein wahres teſtamentum ſcriptum et priuilegiatum zu achten, folglich Mevius ſowohl von dem Domherrn-Hofe als des Sempronius ganzen Nachlaſſenſchaft der Univerſalerbe ſey?

§. 2.

Gleich anfangs erwächſt bey dem vorliegenden Falle 1) daraus ein nicht gerin- 3
ges Bedenken, daß das eigentliche Teſtament, welches Sempronius errichtet hat nach deſſen Abſterben nicht vorzufinden geweſen iſt. Denn wenn auch bewieſen werden könnte, daß er bey ſeinem Leben dergleichen errichtet; ſo dürfte es doch bey den verſchiedenen möglichen Fällen zweifelhaft bleiben, ob er ſolches mit ſeinem Tode beſtätiget, und ob ſolches erſt nach ſeinem Abſterben abhanden gekommen, oder ob es von ihm ſelbſt aufgehoben worden, oder ob der Verluſt des Teſtaments ſich ſonſt vor ſeinem Abſterben ereignet, und es daher durch ſeinen Tod nicht beſtätiget werden können? Gleichwohl wenn eine Erbfolge auf ein Teſtament gegründet werden ſoll, vor allen Dingen klar ſeyn muß, tabulas teſtamenti tempore mortis extitiſſe ex quibus adiri hereditas poſſit.

L. 19. D. de bonor. poſſeſſ. contra tabulas.

§. 3.

Betrachtet man 2) die von Sempronius eigenhändig geſchriebenen Reime; ſo 4
bleibt auch deren Zweck zweifelhaft, indem ſie nicht in der Abſicht entworfen zu ſeyn ſcheinen, daß ſie ſtatt eines letzten Willens dienen ſollen, ſondern Sempronius darin nur dasjenige anzuzeigen geſucht hat, was er in ſeinem letzten Willen geordnet, und ſie alſo dieſen zum voraus ſetzen und ſich darauf beziehen; wie denn auch der Umſtand daß Sempronius ſein Teſtament in ſeiner Commode aufbewahrt, und ſolches Mevius und andern vorgeleſen hat zu erkennen gibt, daß der Aufſatz des Teſtaments von dieſen entworfenen Reimen gänzlich unterſchieden geweſen ſeyn müſſe, hieraus aber ein Zweifel erwächſt, in wie ferne dieſe vor jetzt zum Beweiſe eines letzten Willens gebraucht werden können.

§. 4.

Sollte auch 3) vorliegender Fall bloß nach gemeinen Rechten zu beurtheilen 5
ſeyn, ſo würde dem Beſtande des von Sempronius errichteten letzten Willens der Mangel der geſetzlichen Solennitäten entgegen ſtehen, weshalb ein ſolches Teſtament nach gemeinen Rechten pro imperfecto gehalten wird

L. 12. C. de teſtament.

und daraus kein Erbrecht behauptet werden kann, cum nequidem imperator ex imperfecto teſtamento ſibi poſſit vindicare hereditatem

L. 3. C. eod.

Gleich=

Gleichwohl machen die gemeinen Römiſchen Rechte in Teſtaments=Sachen heut zu Tage die Regel aus, zumahlen der modus teſtandi ſolennis in

der Notariats=Ordnung Kaiſers Maximilian des 1ten vom J. 1512.

pünktlich wiederholet, und dadurch für ein gemeines Recht erklärt worden iſt.

§. 5.

6 Im vorliegenden Falle treten jedoch wichtige und beſondere Umſtände ein, woraus ſich ergibt daß 1) ein Teſtament von Sempronius wirklich errichtet, und dieſes 2) mit ſeinem Tode beſtätigt worden iſt, ferner 3) daß deſſen Verluſt erſt nach ſeinem Abſterben erfolget ſeyn müſſe, und endlich wird 4) aus der gegebenen Verſicherung als richtig angenommen und vorausgeſetzt daß in dem Stifte N. ein modus teſtandi priuilegiatus hergebracht iſt. Dieſe Umſtände zuſammen genommen wirken denn, daß der Verluſt dieſes Teſtaments dem eingeſetzten Erben den Rechten nach nicht ſchaden kann, da es am Beweiſe des weſentlichen Inhalts des Teſtaments nicht ermangelt, wie folgende ex facto et iure angeführte Gründe des mehrern erhärten werden.

§. 6.

7 Die Exiſtenz des Teſtaments ergibt ſich in dem vorliegenden Falle 1) aus dem in der Geſchichts=Erzählung angeführten Umſtande, daß Sempronius ſein Teſtament im Jahr 1762 eigenhändig aufgeſetzt habe. Die zum Beweiſe dieſer Thatſache bemerkten Gründe ſind erheblich, und betreffen nicht nur die Wahrheit derſelben, ſondern auch den Inhalt des Teſtaments ſelbſt.

Die Errichtung eines Teſtaments erhellet nicht bloß daraus daß Sempronius ſeinem Neveu ſein Teſtament vorgezeigt, und demſelben deſſen Inhalt offenbaret hat, ſondern auch aus der damit übereinſtimmenden vertraulichen Eröffnung ſo er von ſeinem Teſtamente verſchiedenen ſeiner Vertrauten gemacht und ihnen zu erkennen gegeben hat, daß Mevius, ſein Neveu, ſein Univerſalerbe ſeyn und alles nach ſeinem Tode überkommen ſolle. Ferner wird der Umſtand daß er das geſchriebene Teſtament in ſeiner Commode verwahrlich aufbehalten, durch den in facto bemerkten Vorfall mit dem Koch ſehr unterſtützet, welchem Sempronius vor ſeiner Abreiſe auf das Anſuchen, ihm ſeinen Lehrbrief zurückzugeben, die Antwort ertheilt hat:

er liege bey ſeinem Teſtamente.

Einen ſtarken Grund für die Errichtung eines Teſtaments enthalten gleichfalls die verſchiedenen Aufſätze, darin er den Inhalt deſſelben kurz angezeigt hat, und wohin theils die ſo beſtimmt als bedächtlich entworfenen und vom Sempronius eigenhändig geſchriebenen Reime gehören, nach welchen ſein Neveu nebſt dem Domherrn=Hofe alles das Seinige haben ſollen, und welche er in Stein einhauen zu laſſen das Vorhaben gehabt, als auch der Umſtand gehört, daß er ſein und ſeines Erben Wappen beyde zuſammen zu N. N. hat in Stein hauen und den kurzen Inhalt ſeines Teſtaments in dem Chronographico,

A Patruo ad Nepotem ſucceſſio,

dabey ausdrücken laſſen wollen.

Dieſem treten auch die übrigen verfaßten 8. Chronographica bey, welche auf ſeinen letzten Willen und darauf, daß ſein Neveu der Succeſſor in dem Domherrn-Hofe ſeyn ſolle, gerichtet ſind.

So ferne nun ein rechtsbeſtändiger Beweis dieſer Umſtände beygebracht werden kann, ſo ſind ſie zuſammen genommen, für hinlänglich zu achten, um die Exiſtenz des von Sempronius errichteten letzten Willens darzuthun.

§. 7.

Daß ferner 2) Sempronius bis auf ſein Abſterben bey dieſem letzten Willen beharret, und dieſen durch ſeinen Tod beſtätigt habe, daran iſt um ſo weniger ein Zweifel, als keine Spur ſich zeiget, daß mit ſeinem Wiſſen, Willen oder Befehl das Teſtament aufgehoben iſt, 8

Vielmehr beſtärken dieſes, daß er bis zu ſeinem Ableben bey ſeinem letzten Willen feſt beharret, folgende zwey in facto enthaltene Umſtände:

Denn 1) gibt die Antwort, ſo Sempronius ſeinem Koche gegeben, ein Zeugniß, daß das Teſtament bey ſeiner Abreiſe von dem Stifte A. noch vorhanden geweſen und daß er es bey ſeiner Abreiſe in ſorgfältiger Verwahrung zurückgelaſſen, indem er ſeinem Koche eben dadurch die völlige Verſicherung von der guten Aufbewahrung ſeines Lehrbriefes gegeben, daß er ihm angezeigt, er liege bey ſeinem Teſtamente.

Wie nun ohnedem 2) mutatio teſtamenti nicht vermuthet werden kann, ſo tritt vollends dafür, daß es nach ſeinem Abſterben unter ſeiner Verlaſſenſchaft noch vorhanden geweſen, eine ſtarke Vermuthung daher ein, weil der Dom-Dechant zu A. auf die erlangte Nachricht von Sempronius Abſterben, und nach unternommener Verſiegelung aller Schränke und Gelaſſe im Sterbehauſe in Gegenwart einer ganzen Geſellſchaft declariret hat:

es ſey gut; denn es ſey ein Teſtament da.

Dieſe Erklärung iſt ein Umſtand von Wichtigkeit, weil ſie von demjenigen geſchehen, der aus der vorgenommenen Verſiegelung von dem vorgefundenen Teſtament Wiſſenſchaft erhalten haben konnte; ſie iſt von dieſem aus eigener Bewegung und zu ſolcher Zeit geſchehen, da inſonderheit die Frage von einem Teſtament erwachſen konnte, und wobey ſich kaum gedenken läßt, wie eine ſolche aus freyem Triebe geſchehene Anzeige hätte erfolgen ſollen, wenn nicht ein Grund dazu aus der genommenen Einſicht deſſelben erwachſen wäre.

Und wie nun dieſes Zeugniß durch die in §. 6. angeführten Gründe von der Exiſtenz des Teſtaments noch mehr unterſtützet wird; ſo kann hergegen ſolches durch die ſehr verdächtige Erklärung, welche der Herr Dom-Dechant nach der bereits geſche-

henen Verſiegelung bey der zweyten Rückkehr aus dem Sterbehauſe dahin gegeben, daß kein Teſtament vorhanden ſey, für entkräftet nicht gehalten werden.

§. 8.

9 Da nun dieſem zufolge 3) Sempronius ein Teſtament errichtet, ſolches in guter Verwahrung ſorgfältig zurückgelaſſen, und daſſelbe nach dem Zeugniſſe deſſen, welcher die Obſignation beſorget, auch nach ſeinem Abſterben noch vorhanden geweſen ſolches aber gleichwohl jetzt nicht vorzufinden ſeyn will, ſo ergibt ſich die natürliche Folge von ſelbſt, daß deſſen Verluſt nach ſeinem Abſterben erfolget ſeyn müſſe, wenn auch gleich die Art und Weiſe, wie es verlohren gegangen, ſich nicht beſtimmt und zuverläſſig dürfte angeben laſſen,

Der Beweis des Verluſtes liegt mithin in der Natur der Sache: denn wenn das Teſtament exiſtiret hat und mit Sempronius Tode beſtätiget worden, ſo muß dieſes, daß es ſich nicht vorfindet, aus einem nach ſeinem Abſterben ereigneten Verluſte herrühren.

Dieſer Beweis wird durch die in der Geſchichts-Erzählung angeführten Umſtände ſehr unterſtützet, indem

1) mit der Inventariſation nicht geſetzmäſſig verfahren worden iſt, indem ſolche als eine Handlung, die unſtreitig die Rechte der präſumtiven Erben nahe angegangen und betroffen hat, nicht ohne deren Zuziehung und geſchehene Vorladung mit Rechtsbeſtand unternommen werden können,

hiernächſt 2) auch darin nicht ohne Uebereilung verfahren worden, daß der Dom-Dechant alle Briefſchaften durchgegangen, alle Baarſchaften, Kleinodien, inſonderheit die brieflichen Urkunden und Obligationen ſelbſt, eines wie das andere, in Verwahrung genommen, dabey vornehmlich

3) mit den Scripturen nach Willkühr gehandelt, ſolche durchgegangen, und was ihm gefällig zerriſſen oder zerſchnitten hat, mithin nichts leichter erfolgen können, als daß, um den mildeſten Fall anzunehmen, das Teſtament durch einen Irrthum eben ſo leicht caſſiret worden, als ſolches mit dem von dem Teſtator in den Reimen entworfenen letzten Willen ſich ereignet hat, als welche nebſt den chronographicis unter den auf die Seite gebrachten Briefſchaften nur zufälliger Weiſe noch vorgefunden und gerettet worden ſind.

Da alles dieſes was bey der Inventariſation erfolget facta tertii ſind, ſo kann nach der Art und Eigenſchaft eines durch das Factum eines dritten veranlaßten Verluſtes kein ſtärkerer Beweis über den caſum amiſſionis erfordert werden,

arg. L. 57. pr. D. de adminiſtr. et pericul. tutor.

allermaßen in ſolchen Fällen die Rechtslehrer mit Grund behaupten quod is, qui in documento, caſu amiſſo, ſe fundat, nimis rigida probatione onerari non debeat.

Leyſer in med. ad Pand. ſpec. 282. med. 1.

§. 9.

§. 9.

So klar 4) die Rechte überhaupt verordnen, daß niemand durch den Verluſt 10
einer ſchriftlichen Urkunde einen Nachtheil an den daraus herrührenden Rechten leiden ſolle

L. 1. L. 4. L. 5. L. 7. C. de fide inſtrum.

ſo wenig ſchadet es auch der Gültigkeit eines ſchriftlichen Teſtaments, wenn ſolches ohne Wiſſen und Willen des Erblaſſers abhanden gekommen iſt, weil nicht ſowohl die Schrift als der darin erklärte letzte Wille, eben ſo wie bey einem Geſetze, das Teſtament ausmacht. Die Rechte geben daher dem letzten Willen ſeine völlige Kraft, wenn gleich die Schrift, worin ſolcher errichtet worden, verlohren gegangen. Etiamſi enim totum teſtamentum non extet: conſtat tamen valere omnia quae in eo ſcripta ſunt. Et ſiquidem alius inuito teſtatore concidit teſtamentum, non denegabuntur actiones

L. 1. §. 3. D. de his quae in teſtam. delent.

Semel autem extitiſſe tabulas mortuo teſtatore deſideratur tametſi extare deſierint: quare ſi et poſtea interciderunt bonorum poſſeſſio peti poterit

L. 1. §. 3. D. de bonor. poſſ. ſecund. tabul.
L. vn. D. Si tabulae teſtam. extab.

Quam ob rem ſi inſtitutus heres probet, inuito teſtatore et contra eius voluntatem tabulas teſtamenti periiſſe, vt teſtator non videatur ipſe eas concidiſſe: tenore teſtamenti probato, hereditatis petitio vel ſucceſſio ex teſtamento non denegabitur, etſi viuo teſtatore periiſſet

Pufendorf obſeruat. iur. vniuerſi tom. 1. obſ. 138. §. 5.

Wie nun in dem vorliegenden Falle nicht eine Spur vorkömmt, daß der Teſtator die von ihm eigenhändig entworfene letzte Willens-Verordnung ſelbſt aufgehoben habe vielmehr derſelbe ſeine enixam voluntatem durch ſelbſt geſchriebene Reime deutlich zu erkennen gegeben hat, ſo erhellet auch daraus zugleich, daß der Verluſt des ſchriftlichen Aufſatzes ſeines letzten Willens als ein wieder ſein Wiſſen und Willen erfolgter Verluſt anzuſehen, wodurch ſeine letzte Willens-Verordnung ihre Kraft und Gültigkeit nicht verliehren können.

§. 10.

Bey Anwendung dieſer Grundſätze auf den vorliegenden Fall muß aber 5) für 11
gewiß angenommen werden, daß, wie in der Geſchichts-Erzählung bemerket iſt, in dem Stifte N. ein modus teſtandi priuilegiatus inter Capitulares vel Canonicos hergebracht iſt, nach welchem auf gleiche Art, wie bey einem teſtamento militari, es nur auf eine gewiſſe und ſichere Erklärung des letzten Willens, nicht aber auf die gewöhnlichen Solennitäten ankömmt. Dergleichen beſondere Rechte und Gewohnheiten ſind auch nichts unerhörtes ſondern in verſchiedenen deutſchen Stiftern hergebracht. Im Bis-

thume Würzburg iſt z. B. dergleichen durch eine Verordnung des Biſchofs Peter Philipp beſtätiget, und in der ſonſt in Streit gezogenen Capitulation des Biſchofs Ioannis Godofredi findet ſich dieſe Stelle: Vltimas voluntates ſeu diſpoſitiones praelatorum et Canonicorum imo totius cleri ciuitatis Herbipolenſis et dioeceſeos totius, ſiue per teſtamenta ſolennia, ſiue per codicillos, donationes mortis cauſa, legata, fideicommiſſa vel alio quocunque legitimo modo confectas, vel per modum militaris teſtamenti conſtitutionem teſtamentariam confectam in ſuo vigore relinquemus, nec in eorum executione quicquam monebimus vel iis praeiudicabimus.

Vid. Factum et ius iuramenti epiſcop. et Capitul. Herbipol. p. 111.

§. 11.

12 Wenn nun 6) bey dergleichen teſtamento deperdito alles vornehmlich auf den Beweis des Inhalts des lezten Willens beruhet:

L. 57. D. de adminiſtrat. et pericul. tutor.
L. 20. C. de probat.

ſo geben a) im vorliegenden Falle die von Sempronius eigenhändig geſchriebenen Reime

In meinem Leben hab geben
Jacob mein hieſiges Präbend
Meinen Hof mit Allem
Nach meinem End

einen Beweis von dem kurzen Inhalt ſeines lezten Willens. Da ſie von ihm eigenhändig geſchrieben ſind, ſo haben ſie eben die Beweiskraft wie dergleichen Scriptur bey einem teſtamento militari oder teſtamento parentum inter liberos, wobey ſola ſcriptura teſtatoris zum Beweiſe hinlänglich iſt,

L. 1. D. de milit. teſtam.
Nov. 107. pr.

Sie enthalten ſententiam voluntatis de eo quod quis poſt mortem ſuam fieri velit

L. 1. D. teſtam. quemadm. fac.

und deren Inhalt gibt zu erkennen, daß Jacob nach Abſterben des Sempronius ſowohl den Domherrn-Hof, als auſſerdem Alles haben ſollen, welches nach der Beſchaffenheit des in Reimen kurz gefaßten Ausdrucks die vniuerſitatem bonorum andeutet.

Einen gleichen Beweis enthält b) die beabſichtigte Einhauung beyder Wappen des Teſtators und des Erbens in Stein nebſt den beygefügten Worten:

A Patruo ad nepotem ſucceſſio,

welche ebenfalls eine vniuerſalem ſucceſſionem in bona ausdrücken. Dergleichen Beweis des lezten Willens iſt bey ſolchen Gattungen von Teſtamenten wo es bloß auf die

die Gewißheit des letzten Willens ankommt den Rechten nach für hinlänglich zu achten. Die Römiſchen Rechte haben daher bey einem teſtamento militari für hinlänglich gehalten, vt quoquo modo teſtati fuiſſent rata eſſet militum voluntas.

L. 1. D. de milit. teſtam.

nam militis teſtamentum ſola perficitur voluntate.

L. 35. D. eod.

ideoque ſi quid in vagina vel clypeo literis ſanguine ſuo rutilantibus adnotauerint, aut in puluere ſcripſerint gladio ſuo, huiusmodi voluntatem ſtabilem eſſe oportet

L. 15. C. de teſtam. militis.

Nicht minder dient c) die von Sempronius einigen ſeiner Freunde anvertraute Erklärung daß ſein Neveu ſein Univerſal-Erbe ſeyn, und alles was er hätte, nach ſeinem Tode überkommen ſolle, um ſo mehr zu einem brauchbaren Beweiſe, weil dieſes den Inhalt deſſen, was er geordnet, vollſtändig anzeigt, und bey dem Beweiſe eines deperditi teſtamenti, es nur auf probationem voluntatis ankommt, welche aus den vom Teſtator ſelbſt ertheilten Erklärungen auf das ſicherſte geführet werden kann. In teſtamentis vero priuilegiatis ſufficit conſtare de voluntate teſtatoris et ad hanc oſtendendam ea probationis media ſufficere debent quae in aliis negotiis obtinent

Ayrer de teſtamenti minus ſolennis coram vno teſte nuncupati probatione iureiurando heredis ſupplenda §. 8.

Daß endlich 1) Sempronius ſeinen Domherrn-Hof ſeinem Neveu hinterlaſſen, davon geben noch auſſer den vorangezogenen Reimen beſonders die acht Chronographica um ſo mehr einen Beweis, als ſolche von andern Geiſtlichen in Gemäßheit der ihnen von Sempronius geäußerten Willens-Meinung verfaſſet, und von ihm ſeine Lebenszeit hindurch aufbewahret und noch in ſeiner Verlaſſenſchaft vorgefunden worden ſind.

§. 12.

Dieſem allen ſtehen die vorhin §. 2. 3. 4. angeführten Zweifels-Gründe nicht entgegen. Denn ad 1) wird ein Teſtament als ein durch den Tod des Teſtators beſtätigtes Teſtament alsdann angeſehen, wenn dieſer bey ſeinem Leben von ſeinem letzten Willen nicht abgegangen iſt. Daraus erhellet ſo fort daß die nach errichtetem Teſtamente durch Zufälle erwachſenen Veränderungen der Gültigkeit deſſelben nichts benehmen können, ſie mögen vor oder nach ſeinem Abſterben ſich ohne deſſen Vorwiſſen ereignen. Si enim teſtamentum poſt eius conſummationem inconſulto, hoc eſt, citra teſtatoris voluntatem vel in totum vel pro parte fuerit cancellatum, totum ſubſiſtit teſtamentum, modo aliunde conſtet et probari poſſit; idque iure ciuili procedit, ſiue cancellatio inconſulta ante vel poſt mortem teſtatoris facta ſit.

L. 1. § 3. D. de his quae in teſt. delent.

Lauterbach in diſſ. de Cancellatione §. 49.

Und wenn gleich iure praetorio in dem Falle wenn der Erbe bonorum poſſeſſiones ex deperditis tabulis ſuchte, erfordert worden, daß das Teſtament noch nach den Abſterben des Teſtatoris vorhanden geweſen, wie

L. eit. 19. D. de Bonor. poſſ. Contra. tab.

ſolches andeutet, ſo iſt dennoch auch ſelbſt die bonorum poſſeſſio nach den neuern Rechten vtiliter für ſtatthaft zu halten, wenn gleich der Fall eintritt, quod tabulae teſtamenti viuo teſtatore eoque inconſulto deperditae fuerint

Cuiacius ad L. 1. D. de his, quae in teſtamento delent.
Maranus ad tit. Dig. ſi tabulae teſtam. extabunt.
Pufendorf in obſ. iur. vniv. tom. 1. obſ. 138. §. 1.

Im vorliegenden Falle erhärten überdem die §. 7. angeführten Gründe, daß des Sempronius Teſtament, welches bis zur Zeit ſeiner Abreiſe von A. in ſeiner ſorgfältigen Verwahrung geblieben durch ſeinen Tod beſtätiget worden, hergegen der Zufall, der nach ſeinem Abſterben ſich dabey ereignet, deſſen Gültigkeit um ſo mehr unſchädlich ſey, als der Inhalt deſſelben auf andere Weiſe genugſam beygebracht werden kann. Ad inconſultam inductionem teſtamenti vero pertinet cancellatio a tertio facta ſine teſtatoris voluntate nec haec eius diſpoſitionem infirmat.

Lauterbach de Cancell. §. 49.

§. 13.

14 Ad rat. dub. 2) iſt es hinlänglich, daß die nach errichtetem Teſtamente unterm 7ten Jul. 1762 entworfenen Reime den Inhalt des vermißten Teſtaments ausdrücken, folglich ad probationem vltimae voluntatis um ſo mehr zureichen, als der Teſtator ſelbige um ſeine Willens-Meinung auch auf ſeine Nachkommen zu bringen, in Stein einhauen zu laſſe, des Vorhabens geweſen. Der Beweis des letzten Willens wird aber daraus deſto ſtarker geführet, weil dieſe Reime von Teſtatore eigenhändig geſchrieben, und überdem mit Bemerkung des dati, unter welchen ſie entworfen worden, ausgeſtellet worden, und zum beſtändigen Beweiſe dieſer Verlaſſenſchaft in Stein eingehauen werden ſollen.

§. 14.

15 Die ad 3) aus den gemeinen Rechten angeführte Zweifel würden alsdann von Erheblichkeit ſeyn, wenn der Teſtator formam teſtandi ſecundum ius commune zu beobachten ſchuldig geweſen wäre. Sie leiden aber in dem vorliegenden Falle keine Anwendung weil in dem Stifte A. ein modus teſtandi priuilegiatus hergebracht iſt, bey welchem es nur auf den Beweis des letzten Willens ankömmt.

Schon in ältern Zeiten haben eigenhändig geſchrieben letzte Willens-Verordnungen ex Conſtitutione Theodoſii ihre völlige Kraft gehabt, indem es darin heißt: Si holographa manu teſtamenta condantur, teſtes neceſſarios non putamus. Scripto enim taliter ſufficiet heredi aſſerere, etiam ſine teſtibus, fidem rerum.

No-

Nouellae Theodoſii et Valentiniani lib. 2. tit. 4. de a. 446. in Gothofredi Codice Theodoſiano tom. VI. edit. Ritteri p. 110.

Wie der Codex Theodoſianus noch vor eingeführtem Römiſch-Juſtinianeiſchem Rechte in Frankreich, in den Rheiniſchen Provinzen, in England und in andern Reichen in Gebrauch geweſen, ſo haben dergleichen eigenhändig geſchriebene Teſtamente ſchon in ältern Zeiten ihre völlige Kraft erhalten, ſo ferne es nur an einem Beweiſe des letzten Willens nicht gemangelt hat, und ihre Gültigkeit iſt auch durch verſchiedene Canones conciliorum beſtätigt worden, weshalb nicht allein in auswärtigen Reichen, als in England, bis auf die heutige Stunde die Kraft der Teſtamente allein aus der Gewisheit des letzten Willens beurtheilet wird, wie ich in der Abhandlung de originibus iurisdict. eccleſiaſt. in cauſis teſtament. in den

Obſeruat. iuris Canonici obſ. IV.

ausgeführet habe, ſondern auch in verſchiedenen Stiftern ein gleiches Recht und Herkommen unter den Capitularibus und Canonicis hergebracht iſt.

Wie nun ein gleiches Recht und Herkommen in dem Stift A. hiebey in facto zum Grund geleget wird:

So erhellet aus allen angeführten Gründen ſo viel:

Daß da Sempronius ſeinen letzten Willen eigenhändig entworfen, und bis 16
an ſein Ende unverändert gelaſſen, mithin denſelben mit ſeinem Tode beſtätiget hat, hergegen der ſchriftliche Aufſatz aus ſeiner Verlaſſenſchaft abhanden gekommen iſt, ſolcher Zufall der Kraft des von ihm errichteten letzten Willens unſchädlich, und deſſen Inhalt durch die von ihm unterm 7ten Jul. 1762 entworfenen und eigenhändig geſchriebenen Reime nebſt den übrigen vorhin angeführten Umſtänden hinlänglich zu erweiſen ſey, wohlfolglich ſein Neveu Mevius ſowohl für Erbe des Domherrn-Hofes als deſſelben ſämmtlicher Verlaſſenſchaft zu halten ſey. 1771.

Num. 104.

RESPONSVM.

THEMA GENERALE.

De natura vidualitii per legatum conſtituti.

ARGVMENTA SPECIALIA.

Species facti. n. 1.
Quaeſtio propoſita. n. 2.

Rationes dubitandi.

Dotalitium morte viduae eodem modo ceſſat quam vſusfructus morte vſufructuarii. n. 3.
Fructus a vidua nondum acquiſiti ad heredes eius non pertinent. n. 4.
Si itaque vidualitium in certa pecuniae ſumma conſiſtit ea pro rata temporis ad heredes pertinet. n. 5. 6.

Rationes decidendi.

Iura vidualitii ex titulo quo conſtitutum eſt iudicanda ſunt. n. 7.
Vidualitium per modum legati in teſtamento relictum habet naturam legati. n. 8. 9. 14.
Eſt enim legatum annuorum redituum quod initio cuiusuis anni acquiritur. n. 10.
Quod intuitu legati viduae relicti legibus expreſſe cautum eſt. n. 11.
Cuiuslibet anni penſio itaque initio anni acquiſita ad heredes transmittitur. n. 12. 15.
Licet diuerſi ſolutionis termini conſtituti ſint. n. 13.
Si viduae vſusfructus bonorum in caſum viduitatis relictus eſt, vidualitium naturam vſusfructus habet. n. 14.
Conuentionis de reditibus in ſingulos annos praeſtandis differentia a legato annuo. n. 16.
Quaeſtionis deciſio. n. 17.

Rechtsgutachten.

1 Ein angeſehener Mann hat in ſeinem Teſtamente ſeiner Gemahlin, um derſelben ein dauerndes Denkmahl ſeiner Liebe zu hinterlaſſen, verordnet, daß dieſelbe an ſtatt der in den Ehepacten und in andern nachher ausgeſtellten Verſicherungen ihr verſchriebenen und zuſammen auf 7000 Thlr. ſich erſtreckenden Witthums-Gelder nunmehr nach ſeinem Ableben zu erheben und alljährlich zu genieſſen haben ſolle, die Summe von 10000 Thlr., welches jährliche Witthum derſelben aus den Einkünften ſeiner Güter ohne allen Abzug und Kürzung ausbezahlet werden ſolle, wie er denn ſeinem eingeſetzten Erben die unabweichliche Pflicht aufgeleget, dieſe Summe in zwey Terminen zu Anfang und um Johannis jedes Jahres zur Hälfte ſeiner Gemahlin an dem Ort ihres Witthumsſitzes einhändigen zu laſſen.

Dar-

Darneben hat der Teſtator ſeiner Gemahlin noch auſſerdem und zu der erſten Einrichtung ihres Wittwenſtandes 5000 Thlr. ohne deshalb an obgedachtem Witthume etwas zu kürzen hinterlaſſen, und im §. 6. verordnet, daß weil er ſolchergeſtalt dasjenige Witthum, welches ſeine Gemahlin nach Maasgabe der Ehepacten für die inferirten Dotalgelder und das hinwiederum verſicherte Gegenvermächtniß bekommen würde, aus zärtlicher Liebe und Erkenntlichkeit ſo anſehnlich erhöhet, nunmehr gedachte Ehepacten, in ſo ferne ſonſt ſeine Gemahlin daraus etwas zu erwarten hätte, keine weitere Anwendung finden ſollten.

Bald nach errichtetem Teſtamente iſt der Teſtator am 6ten Jul. 1785 geſtorben: Seine Wittwe aber hat ſich bey der beſagten Diſpoſition beruhiget und iſt hierauf auch am 28ten Febr. 1787 mit Tode abgegangen.

Unter den Erben des Teſtirers und den Erben der Wittwe iſt immittelſt ein Streit erwachſen, indem jene die erwähnten 10000 Thlr. als ein ordentliches Witthum anſehen, und daher behaupten, daß daſſelbe mit dem 28ten Febr. 1787 als dem Todestage der Wittwe aufgehört habe, dieſe hingegen jene 10000 Thlr. nach den Regeln eines annui legati beurtheilet wiſſen wollen, und deshalb verlangen, daß obgleich ihre Erblaſſerin im Anfange des halben Jahres verſtorben ſey, ihnen dennoch das volle halbe Jahr mit 5000 ausgekehret werden müſſe.

Bey dieſer Lage der Sache wird darüber eine rechtliche Belehrung begehret, nach welchen Regeln der vorliegende Fall zu beurtheilen ſey, und entſtehen dabey folgende Fragen.

1) Wie viel die verſtorbene Wittwe vom 6ten Jul. 1785, als dem Todestage 2
ihres Gemahls, an bis zum 28ten Febr. 1787 da ſie ſelbſt mit Tode abgegangen an Witthums-Geldern (mit Ausſchlus der zu ihrer erſten Einrichtung ihr legirten 5000 Thlr.) rechtlich zu erheben gehabt habe? und

ob 2) da auf Neujahr 1787 nur 2500 Thlr. gezahlt worden ſind, die Erben der Wittwe ſich kraft des Teſtaments berechtiget halten können, pro hoc termino die volle Summe von 5000 Thlr. zu verlangen, und alſo noch 2500 nachzufordern?

Ob nun wohl 1) die der Wittwe vermachten jährlichen Witthums-Gelder nach 3
Maasgabe der vorher eingegangenen Ehepacten für die inferirten Dotalgelder und für das verſicherte Gegenvermächtniß zur Unterſtützung des Wittwenſtandes ausgeſetzet worden, und daher, der urſprünglichen Eigenſchaft nach, als ein in den Ehepacten auf 7000 Thlr. bedungenes und durch das Teſtament nun auf 10000 Thlr. vermehrtes Witthums-Quantum anzuſehen ſeyn möchte,

Dergleichen Dotalitium aber 2) wenn es gleich in einer aus den Einkünften der Güter zu leiſtenden Geldſumme beſtehet, dennoch im Rechtsverſtande nach den Rechten des Nießbrauchs zu beurtheilen iſt, wie ſolches auch die weſentliche Abſicht eines Witthums, welche in der ſtandesmäſſigen Unterhaltung einer Wittwe beruhet,

mit ſich bringt, und weshalb ſolches als ein perſönliches Recht mit dem Abſterben einer Wittwe ſich eben ſo endiget, als der vſusfructus durch den Tod des vſufructuarii geendiget wird

L. 3. §. vlt. D. quib. mod. vſusfr. amit.
L. 16. pr. et §. 1. C. de vſufructu.

4 weshalb 3) in Anſehung der aus dem Witthume herrührenden Früchte oder Nutzungen alles darauf ankommt, ob dieſe von der Wittwe noch ſelbſt bey ihrem Leben erworben worden, oder nicht, indem nur diejenigen Früchte, ſo ihr bey ihrem Leben bereits angefallen ſind, auf die Erben derſelben vererbet werden, hergegen die Erben auf die Früchte, welche der Wittwe ſelbſt noch nicht erwachſen, keinen Anſpruch zu machen vermögen,

Henelius de dotalitio c. 11.

5 Solches auch 4) bey einer zum Witthum ausgeſetzten jährlichen Geldſumme in dem Maaſſe eine Anwendung leiden muß, daß der Wittwe nur nach dem Verhältniſſe der Zeit, welche ſie in dem letzten Jahre durchlebt hat, der Antheil daran erworben worden, weshalb die Rechtslehrer zum gemeinen Lehrſatz angenommen, quod penſiones, cenſus et fructus ciuiles ex dotalitio competentes, defuncta ante ſolutionis diem vidua, inter ipſius heredes et poſſeſſorem bonorum pro rata temporis diuidi debeant,

Carpzov in iurispr. for. P. III. conſt. 16. def. 1 et 2.
Stryk de iure viduae nobilis Sax. c. 1. n. 96.
Idem de iure viduae nob. Marchicae c. 3. n. 71.

6 aus welchen Gründen auch 5) Wernher in einem vorgekommenen Falle, da die Wittwe bald nach Michaelis verſtorben, und die Erben das ganze Quartal eines Witthum-Capitals von Michaelis bis Weihnachten zu erhalten geſucht, dafür gehalten, daß ſie nicht das volle Quartal, ſondern was pro rata temporis bis zum erfolgten Abſterben der Wittwe verfallen, zu fordern für befugt zu halten, quamuis enim in annuis legatis hoc iuris ſit, vt illius anni legatum debeatur, cuius initium defunctus attigit id tamen ad dotalitium applicari non poteſt, cum hoc ſpeciem quandam vſusfructus contineat, qui morte vſufructuarii confeſtim ceſſat,

Wernher ſel. obſ. for. P. VIII. obſ. 392. n. 1. 2.

Solchemnach es das Anſehen gewinnet, daß die Erben der am 28ten Febr. 1787 verſtorbenen Wittwe die volle Summe der nach dem Teſtament auf dieſes halbe Jahr angeſetzten 5000 Thlr. zu verlangen, mithin noch 2500 Thlr. nachzufordern für berechtiget nicht zu halten;

7 D. a. u. d. 1) die Rechte des Witthums zugleich von dem titulo abhangen, mittelſt deſſen daſſelbe einer Wittwe ausgeſetzet worden, indem ein Witthum theils durch Geſchlechts-Obſervanz theils durch Verträge, theils durch eine letzte Willens-Verordnung geordnet werden kann, und die Art der Errichtung jedesmahl den nächſten Grund abgibt, wodurch deſſen Rechte beſtimmt werden, mithin auch zum Grund der Entſchei-

ſcheidung um ſo gewiſſer zu legen, als die gemeinen Rechte die Rechte des Witthums nicht beſonders beſtimmen, und dieſe daher wie andere unter Ehegatten errichtete Verordnungen, welche auf Verträgen oder auf letzten Willens-Verordnungen beruhen, zu beurtheilen ſind,

im gegenwärtigen Falle aber 2) der Teſtator ſeiner Gemahlin das Witthum in ſeinem Teſtamente ausgeſetzet und der maßen hinterlaſſen hat, 8

daß dieſelbe ſtatt der in den errichteten Ehepacten und andern nachher ausgeſtellten Verſicherungen verſchriebenen ſonſt auf 7000 Thlr. ſich erſtreckenden Witthums-Gelder nunmehr nach ſeinem Ableben zu erheben und alljährlich zu genieſſen haben ſolle die Summe von 10000 Thlr. und dabey verordnet hat daß ſolches jährliche Witthum derſelben aus den Einkünften ſeiner Güter ohne allen Abzug und Kürzung ausbezahlet werden ſolle,

wobey der Teſtator ſeinen Erben zur Pflicht auferlegt hat ſeiner Gemahlin dieſe Summe in halbjährigen Terminen zu Anfang und um Johannis eines jeden Jahres an dem Orte ihres Wittwenſitzes einhändigen zu laſſen,

Dieſes vermachte Witthum auch 3) nach den Worten des Teſtaments als ein Denkmahl der Liebe und Erkentlichkeit, mithin als ein actus liberalis oder donatio quaedam 9

§. 1. I. de legat.

geordnet, und dabey in §. 6. des Teſtaments den vorher errichteten Ehepacten ſo weit darin ein Witthum wegen der inferirten Dotalgelder und des Gegenvermächtniſſes verſchrieben geweſen, derogiret und verſehen worden iſt, daß ſolche hierbey nicht weiter in Anwendung kommen ſollten, ſolchergeſtalt aber vom Teſtator ſelbſt beſtimmt iſt, daß das hinterlaſſene Witthum bloß und allein nach der Natur der darüber in ſeinem Teſtamente befindlichen Dispoſition als ein Vermächtniß beurtheilet werden ſolle;

gleichwohl 4) dieſes Vermächtniß die aus den Einkünften der Güter alljährig zu erhebende Summe von 10000 Thlr. Wittwen-Gelder zum Gegenſtande hat, folglich ein wahres legatum annuorum redituum iſt, welches den Rechten nach mehrere auf jedes Jahr hinterlaſſene Vermächtniſſe unter ſich enthält, deren jedes mit jedem Jahre, ſo ferne der Legatarius oder die Wittwe daſſelbe Jahr erlebet, von derſelben erworben worden, ſiquidem in omnibus, quae in annos ſingulos relinquuntur, hoc probatum eſt, vt initio cuiuslibet anni huius legati dies cedat 10

L. 12. §. 1. D. Quando dies legat. cedat.

cum hoc legatum tacitam conditionem contineat, ſi ſingulis annis vixerit legatarius

L. 4. D. de annuis legat.

Davon auch 5) in den Rechten ſelbſt die Anwendung auf ein der Wittwe hinterlaſſenes Vermächtniß an jährlich zu erhebenden Wittwen-Geldern gemacht, und der Wittwe, ſo ferne ſie jedes Jahr erlebt, das Recht an der vollen auf jedes Jahr ausgeſetzten Summe zugeeignet wird, dergleichen Verordnung theils in 11

L. 22. D. de annuis legat.

Filiae meae, quotiescunque vidua erit, in annos ſingulos centum heres meus dato: Quaeritur, ſi filia minus annui temporis vidua fuiſſet, numquid minus ei centum deberentur? reſpondit? ſibi videri, tametſi totus annus nondum fuiſſet, tamen deberi,

Desgleichen in

L. 5. D. de annuis legat.

enthalten iſt: a vobis quoque ceteri heredes peto, vt vxori meae praeſtetis, quoad viuet, annuos aureos decem: vxor ſuperuixit marito quinquennio et quatuor menſibus. Quaero, an heredibus eius ſexti anni legatum integrum debeatur? Modeſtinus reſpondit: integrum ſexti anni legatum deberi.

12 Solchem zu Folge 6) und da das der Wittwe durch den letzten Willen des Teſtirers ausgeſetzte freye Witthum bloß aus dem Teſtament und nach den Rechten der Vermächtniſſe, nach welchen es geordnet, und auf eine alljährig zu erhebende Summe von 10000 Thlr. beſtimmt iſt, beurtheilt werden muß, derowegen die Wittwe da ſie das am 6ten Jul. 1785. erfolgte Abſterben des Teſtirers erlebt, ſo fort das auf das erſte Jahr fallende volle Vermächtniß unſtreitig erworben, und da ſie hinwiederum den 6ten Jul. 1786. überlebt, ſie gleichermaßen das Recht auf die volle Summe der auf das zweyte Jahr vermachten 10000 Thlr. erworben hat, wenn ſie gleich nach der Mitte dieſes Jahres am 28. Febr. 1787. verſtorben iſt, mithin iſt auch das Recht an den Rückſtand der 2500 Thlr. als auf einen erworbenen Theil dieſes Vermächtniſſes auf ihre Erben vererbt worden, in annuo legato enim cuiusque anni legatum ſpectatur; et ſi tum in viuis fuerit legatarius, totius anni penſio ad heredes legatarii transmittitur

Io. a *Sande* deciſ. Oſtfriſ. lib. 4. tit. 4. def. 8.
Simon von Loewen in cenſura forenſi lib. 3. c. 8. n. 13.

13 Und wenn gleich 7) der Teſtator in §. 5. des Teſtaments ſeinen Erben zwey halbjährige Termine zur Bezahlung der alljährlich vermachten Wittwen-Gelder angeſetzt, dennoch ſolches nicht die Erwerbung dieſes Vermächtniſſes ſondern nur den Abtrag und die Bezahlung der vermachten Summe betrifft, mithin die Acquiſition des Vermächtniſſes welche die Wittwe bey jedem erlebten Jahre auf die volle vermachte Summe gemacht, im geringſten zu verhindern nicht vermogt,

L. 24. L. 26. §. vlt. D. Quando dies legat ced.
Voetius ad Pand. lib. 33. tit. 1. n. 13.

überdem auch der zweyte Zahlungs-Termin vor dem zweyten Witthums-Jahre noch vor dem am 28ten Febr. 1787 erfolgten Ableben der Wittwe fällig worden, der Erbe auch die Hälfte dieſes letzten Termins bereits abgetragen, und daher der Rückſtand der andern Hälfte von 2500 Thlr. als ein bereits fälliger und erworbener Termin zu betrachten, deſſen Erhebung auf die Erben der Wittwe vererbt worden,

Die-

Dieſem allen die vorbemerkten Zweifel nicht entgegen ſtehen,

indem ad 1) das in den Ehepacten vorher bedungene Witthum vermöge des Te- 14
ſtaments nicht weiter in Betracht und in Anwendung kommen ſollen, nachdem der Teſtator ſeiner Gemahlin ein jährliches Witthum in dem Teſtamente vermacht, welches allein auf der einſeitigen freyen Willens-Meinung wie ein jedes andere freye Vermächtniß beruhet,

Sodann ad 2) die Rechte des Witthums zwar in dem Falle, wenn ein Nieß- 15
brauch der Güter zum Witthum verſchrieben iſt, nach dem Rechte des vſusfructus als nach dem Gegenſtande worin es beſtehet, mit Beſtand beurtheilet werden, dahergegen bey einem Witthume, welches durch eine freye Willens-Meinung des Teſtirers geordnet und vermacht worden, aller Grund, daſſelbe nach dem Rechte des vſusfructus zu betrachten, eben ſo ſehr wegfällt als ſolches bey jedem andern legato annuo der Fall iſt, vielmehr ſolches aus dem Recht dieſes Vermächtniſſes ſeine Gränzen und Beſtimmung erlangt, und mit dem Abſterben der Wittwe deswegen ſich endiget, weil es unter der rechtlichen Bedingung, daß die Wittwe jedes Jahr erlebt, hinterlaſſen iſt,

L. 4. D. de annuis legat.

dabey auch ad 3) der Grundſatz beſtehet, daß die Nutzungen des Vermächtniſſes, ſo weit ſie der Wittwe angefallen, auf deren Erben gehen, mithin die volle Hebung der auf das letzte Jahr vermachten Geldſumme, weil die Wittwe ſie durch den erlebten Eintritt in das letzte Jahr erworben, den Erben zu Theil worden,

wie denn ferner ad 4) et 5) dasjenige was die Rechtslehrer bey einem durch 16
Verträge bedungenen Wittwen-Gehalte behaupten, auf der Art und Eigenſchaft eines Vertrags beruhet, wodurch dasjenige ſo zum Witthume auf die Lebenszeit verſchrieben und verabredet iſt, der Wittwe auf einmahl und dergeſtalt erworben wird, daß ſie davon nach dem Verhältniſſe der Zeit, die ſie durchlebt, den darauf gebührenden Antheil zu erheben hat, dieſes auch der Natur eines Vertrags angemeſſen, indem eine conuentio, de reditibus in ſingulos annos praeſtandis von einem legato annuo weſentlich unterſchieden iſt, qui enim in annos ſingulos pecuniam ſtipulatus eſt, non eſt ſimilis ei, cui in annos ſingulos legatum eſt; nam licet multa eſſent legata, ſtipulatio tamen vna eſt, et conditio eius, cui expromiſſum eſt, ſemel intuenda eſt.

L. 35. § 7. D. de donat. mortis cauſa.
L. 16. §. 1. D. de verbor. obligat.

weshalben auch

Wernher l. c.

mit Recht dafür gehalten, daß ein in Ehepacten zum jährigen Witthum bedungenes Capital nach dem Rechte eines annui legati nicht zu beurtheilen ſey, ſo wie im Gegentheil ein zum jährigen Witthum vermachtes Capital nicht nach dem Rechte eines in Eheverträgen bedungenen Capitals beurtheilet werden kann, ſondern hiebey die Eigenſchaft des Vermächtniſſes, wodurch es geordnet iſt, zum Grund gelegt werden muß,

Solchem allem nach halte ich den Rechten nach dafür,

17 Daß 1) die verſtorbene Wittwe vom 6ten Jul. 1785. als von dem Todestage ihres Gemahls, an bis zum 28ten Febr. 1787. da ſie ſelbſt mit Tode abgegangen, die volle Summe der ſowohl auf das erſte durchlebte, als auch der auf das zweyte erlebte Witthums-Jahr vermachten 10000 Thlr. erworben und zu erheben gehabt,

Derowegen auch 2) da auf den zu Neujahr 1787 eingetretenen zweyten Zahlungs-Termin von 5000 Thlr. derſelben nur 2500 Thlr. gezahlet worden, die Erben der Wittwe die von dieſem fälligen Termin noch rückſtändigen 2500 Thlr. nachzufordern mit vollem Grund für berechtiget zu halten. 1788.

Num. 105.

RESPONSVM.

THEMA GENERALE.

I. De teſtamento ab exemto ſecundum ſtatuta loci condito.

II. De reſtricta coniugis binubi in fauorem ſecundi coniugis diſponendi facultate.

Argvmenta specialia.

Species facti. n. 1.
Quaeſtio prima. n. 2.

Rationes dubitandi.

Teſtamentum conforme eſſe debet iuribus loci vbi conditum eſt. n. 3.
Iuribus ciuitatis adſtrictus eſt, qui ciuis eſt, et negotiationem ciuicam agit. n. 4.
Si talis ob munus publicum forum priuilegiatum habet, duplici foro et duplici iure fruitur. n. 5. 6.
Militi iure communi et iure militari vti licet. n. 7.

Rationes decidendi.

Quilibet iis iuribus fruitur quae in foro quod ſortitur valent. n. 8.
Forum priuilegiatum locum fori domicilii obtinet. n. 9.
Exemtus itaque iuribus vrbis in qua degit non vtitur. n. 10.
Teſtamentum quod viuo teſtatore iudici non inſinuatur imperfectum eſt. n. 11.
Exemtus qui ſimul ciuis eſt et negotiationem ciuicam agit, in realibus et in iis cauſis tantum quae ad negotiationem pertinent ſubiectus eſt magiſtratui ciuitatis. n. 12. 13.
Nec a libero arbitrio eius pendet quibus legibus ſeſe accommodare velit. n. 14.
In perſonalibus enim iuribus fori priuilegiati ſeſe conformare debet. n. 15.
Quaeſtionis deciſio. n. 16.
Quaeſtio ſecunda, et tertia. n. 17.

Rationes dubitandi.

Pater in teſtamento inter liberos, liberis ſecundi thori praelegatum relinquere poteſt. n. 18.
Liberi vltra legitimam honorati in bonis propriis onerari poſſunt. n. 19.
Imprimis ſi cautelam ſocini adhibuit teſtator. n. 20.
Diſpoſitio L. 6. C. de ſec. nupt. in locis vbi circa teſtamenta et ſucceſſionem coniugum iura ſtatutaria locum habent applicari non poteſt. n. 21.

Rationes decidendi.

Teſtamentum patris inter liberos intuitu liberorum abſque ſolennibus valet, intuitu extraneorum vero nullum eſt ſi ſolennia praeſcripta deſunt. n. 22.
Coniux binubus de bonis a priore coniuge prouenientibus diſponere non poteſt. n. 23.
Multo minus talis diſpoſitio valet ſi ea in fauorem ſecundi coniugis facta eſt. n. 24.
Quod ſecundo coniugi amplius relictum eſt ac vni ex liberis prioris thori, ipſo iure ad liberos prioris thori pertinet. n. 25.

Li-

Liberi heredes parentum facti id tantum implere debent, quod parentes legibus conuenienter praeceperunt. n. 26. 27.
Diſpoſitio imperfecta et nulla per cautelam Socini ſuſtineri non poteſt. n. 28.
Diſpoſitionem, de qua quaeritur iuri ſtatutario loci conformen non eſſe, demonſtratur. n. 29.
Legis 6. C. de ſec. nupt. hodiernus vſus et vis euincitur. n. 30.
Quaeſtionum deciſiones. n. 31.

Rechtsgutachten.

Als uns eine Geſchichts-Erzählung nebſt einigen Fragen zugefertigt und wir darüber unſere in den Rechten gegründete Meinung zu ertheilen gebeten worden demnach achten wir den Rechten gemäß zu ſeyn.

1 Iſt ein Celliſcher Bürger welcher ſtudirt jedoch anfangs vom Brauweſen und vom den ererbten väterlichen Vermögen ſich unterhalten hat bereits vor einigen 20 Jahren bey dem Königlichen Hofgerichte zu Celle Procurator geworden, und hat dadurch das forum priuilegiatum bey den höhern Gerichten in allen cauſis perſonalibus erlangt.

Inmittelſt hat derſelbe ein Teſtament gemacht, ſolches ſelbſt entworfen, beſiegelt und bey ſich niedergelegt, auch dem Angeben nach, einige Zeit vor ſeinem Ableben, ſeiner zweyten Frau und einem minderjährigen Sohn zweyter Ehe davon, und von dem Orte, wo das Teſtament gelegen, Anzeige gethan, und ihnen aufgegeben, ſolches innerhalb vier Wochen nach ſeinem Tode aufs Rathhaus zu liefern; wie ſolches nach Verordnung des Celliſchen Stadtrechts Tit. X. einem Celliſchen Bürger zu thun nachgelaſſen iſt. Als derſelbe verſtorben, haben einige der Kinder erſter Ehe, beſonders weil die andern abweſend und die Kinder zweyter Ehe noch minderjährig geweſen, bey des Verſtorbenen foro priuilegiato, dem Königlichen Hofgerichte, um die Verſiegelung nachgeſucht. Als dieſe erfolgt, hat zwar die Wittwe das Teſtament auſſer Siegel zu behalten verlangt, jedoch weil der zur Verſiegelung abgeordnete Secretair dazu keinen Auftrag gehabt hat, iſt das Behältniß worin das Teſtament nebſt andern Briefſchaften befindlich geweſen gleichfalls mit dem gerichtlichen Siegel belegt worden.

Einige Tage darauf hat die Wittwe die Auslieferung des Teſtaments ohne Vorwiſſen der Kinder erſter Ehe einſeitig ausgewirkt und ſolches darauf dem Stadt-Magiſtrat durch einen Procurator übergeben und daſelbſt niederlegen laſſen. Als hierauf die Kinder erſter Ehe gegen dies Verfahren proteſtirt, ſie auch ſo viel erhalten, daß ihnen ihre deshalb zuſtehende Rechte gerichtlich vorbehalten worden, ſo haben ſie ſich unter ſolchem Vorbehalte die gerichtliche Eröfnung der väterlichen Diſpoſition gefallen laſſen.

Ergibt ferner der Inhalt des angeſchloſſenen Teſtaments und Codicilles daß der Teſtator

1) ſeine Kinder aus erſter und zweyter Ehe zu gleichen Theilen dergeſtalt zu Erben eingeſetzt hat, daß die Kinder erſter Ehe das bereits empfangene conferiren ſollten, daß hingegen

2) die Kinder erſter Ehe das von ihrer Mutter herrührende Vermögen nicht abzuſondern noch zum voraus zu haben befugt ſeyn ſollten, ſo wie auch ſeine Frau ihr Eingebrachtes in dem Vermögen unabgeſondert laſſen ſolle;

Daß 3) ſeine Frau ſein Wohnhaus nebſt der darauf haftenden Brau-Gerechtigkeit nebſt allen Meublen und Geräthſchaften, und den Garten auf Zeitlebens in freyem Gebrauch und Nutzen haben;

Ferner ihr 4) alles in dem Wohnhauſe vorräthige Getreide nebſt Eß- und Trinkwaaren wie auch Feurung und Vieh, Kupfer und Zinn, Leinen und Drell und alle Pretioſa vermacht ſeyn

Nicht minder ſie 5) nach Inhalt des Codicills, die Zinſen von ſeinen ſämmtlichen Capitalien, ferner die Pachtgelder des Braunen Hirſches, nicht weniger alles baar vorräthige Geld zur Erziehung der Kinder zweyter Ehe ohne einige Berechnung zu erheben und Zeitlebens zu genießen haben ſolle

Und daß endlich 6) wenn eines von ſeinen Kindern das Teſtament anfechten, und darüber Streit erregen ſollte daſſelbe nicht mehr als ſeinen Pflichttheil haben ſolle.

Nun dürfte das Erbtheil der Kinder ungefähr 2500 Thlr. betragen, es haben jedoch die Kinder erſter Ehe zum Theil ein beträchtliches darauf erhalten, und erwachſen bey dieſer Lage der Sache folgende Fragen:

Erſte Frage:

Ob das Teſtament nach den Celliſchen Stadtrechten, nach welchen eines Bürgers Teſtament nach dem Ableben des Teſtirers annoch gerichtlich übergeben werden kann, und dadurch ein gerichtliches Teſtament wird, oder ob ſolches nicht vielmehr nach dem in foro teſtatoris priuilegiato herrſchenden iure communi beurtheilt werden müſſe, mithin für ein gerichtliches Teſtament nicht zu halten ſey? 2

Da es bey dieſer Frage auf die rechtliche Form eines Teſtaments und deſſen Solennien ankommt, ſo iſt dabey zuförderſt die ſichere Rechtsregel zum Grund zu legen, daß wenn von der Errichtung eines Teſtaments und von deſſen rechtlicher Form die Frage iſt, ſolche nach den Rechten des Orts, wo das Teſtament errichtet iſt, beurtheilt werden muß, indem die iura loci die Vorſchrift enthalten, welche der Teſtator bey der Errichtung des Teſtaments zu beobachten ſchuldig geweſen 3

L. 6. D. de euict.
L. 1. C. de emancipat.
Hertius de colliſione legum ſect. 4. §. 10.
Huber in prael. ad Pand. de conflictu legum lib. 1. tit. 3. §. 3. et ſq.
Coccei de fundata in territ. et plurium locorum concurrente poteſtate tit. 7. §. 3. 4.
Riccius von Stadtgeſetzen B. 2. Tit 15. §. 1.
Hommel rhapſ. obſ. for. tom. 1. obſ. 409. n. 5.

4 Ob nun wohl bey der Anwendung dieſes Rechts-Grundſatzes auf die vorſtehende Frage, es ſcheinen will, daß das Celliſche Stadtrecht für dasjenige Recht des Orts zu halten, welches dem Teſtator bey Errichtung ſeines Teſtaments zur Vorſchrift dienen müſſen, indem

1) derſelbe nicht allein ehe er als Procurator bey dem Königlichen Hofgerichte angeſetzt worden, Bürger der Stadt Celle geweſen, und von der Brau-Nahrung ſich unterhalten hat,

ſondern auch 2) noch nachher Bürger daſelbſt geblieben iſt, indem er ſowohl durch den Beſitz ſeines Wohnhauſes, als auch durch die Fortſetzung des Brauweſens mithin durch die bürgerliche Nahrung die er getrieben ein Bürger zu ſeyn fortgefahren,

5 Folglich wenn auch derſelbe 3) durch die bey dem Königlichen Hofgerichte erlangte Procuratur ein forum priuilegiatum erworben, dennoch ſolches nur ſo viel gewirkt haben möchte, daß er ein doppeltes forum erlangt, und da er das Bürgerrecht nicht aufgegeben, ſondern auf eine thätige Weiſe beybehalten, ſowohl den gemeinen als auch den Stadtrechten unterworfen geweſen, ſolches aber die Folge begründen dürfte, daß er nach erlangter Procuratur

6 4) der beſondern Befugniß, welche einem Bürger und Einwohner zu Celle nach dem Celliſchen Stadtrechte in Anſehung eines zu errichtenden Teſtaments zuſteht, ſich bedienen können, bevorab der Teſtator ſolche Geſinnungen wirklich gehabt und deshalb ſeiner Frau den Auftrag gegeben hat, die gerichtliche Niederlegung ſeines Teſtaments nach ſeinem Ableben zu bewirken,

7 Auch 5) ihm hiebey die Wahl ob er nach den gemeinen Rechten oder nach den beſondern Stadtrechten teſtiren wolle, deshalb zugeſtanden zu haben ſcheint, weil er nach erhaltener Procuratur Bürger der Stadt Celle zu ſeyn nicht aufgehört, und in einem ähnlichen Falle ſelbſt im Römiſchen Rechte einem militi nach dem priuilegio militari oder nach gemeinen Rechten zu teſtiren nachgelaſſen iſt

L. 3. D. de teſtamento militis.

ſolchemnach das von ihm ſelbſt geſchriebene und beſiegelte auch darauf nach ſeinem Ableben binnen ſtatutenmäßiger Zeit von 4 Wochen bey dem Stadtrath zu Celle niedergelegte Teſtament für ein gerichtliches Teſtament zu halten ſeyn möchte,

8 Dieweil aber gleichwohl 1) bey richtiger Anwendung des vorangeführten Grundſatzes auf den gegenwärtigen Fall in Betracht zu ziehen, daß zu Celle, wo der Teſtator ſein Teſtament errichtet hat, ſowohl das Stadtrecht, als das gemeine Recht geſetzliche Kraft hat, und in ſolcher Hinſicht beyde Rechte je nachdem die Perſonen ſind, bey welchen die Anwendung der Geſetze in Frage kommt, als iura loci anzuſehen ſind, mithin es darauf ankommt, welchem von beyden Rechten der Teſtator bey der Errichtung ſeines letzten Willens unterworfen geweſen,

Und dann hiebey 2) nach den in facto angeführten Umſtänden für richtig angenommen wird, daß der Teſtator nach erlangter Procuratur das forum priuilegiatum bey

bey dem Königlichen Hofgerichte nicht allein in Amtsſachen, ſondern auch in allen cauſis perſonalibus erhalten, welches Vorrecht ordentliche Procuratoren auch bey andern Gerichten z. E. bey dem Reichs-Cammergericht zu genieſſen haben,

de Ludolf obſ. iur. cam. tom. 1. obſ. 35.

Hieraus aber 3) die rechtliche Folge ſich ergibt daß der Teſtator in allen Rechtsgeſchäften welche ſeine perſönlichen Rechte und Verbindlichkeiten betroffen, den gemeinen in foro priuilegiato herrſchenden Rechten unterworfen geweſen, indem jeder den Rechten desjenigen Gerichts unter welchem er ſteht, es mag ein forum commune oder priuilegiatum ſeyn in allen dahin gehörigen Sachen unterworfen iſt,

L. 65. D. de iudiciis.

und daher es für ein principium iuris anzuſehen, paria eſſe, forum alicubi ſortiri, et iuribus eius fori ligari

Cothmann vol. 1. reſp. 1. n. 106.
Meuius ad ius lubec. quaeſt. praelim. 3. n. 41.

So wie im Gegentheil 4) der Teſtator nach angetretenem Amte eines procuratoris ordinarii weder dem foro des Stadtraths noch auch den darin geltenden Stadtgeſetzen in perſonalibus unterworfen geblieben, weil eines Theils eben darin die Eigenſchaft des fori priuilegiati beſteht daß es die exemtionem a foro domicilii wirkt und daher Landes-Bediente nicht weiter unter dem foro domicilii, ſondern allein unter dem foro priuilegiato ſtehen, andern Theils der Schluß a contrario mit vollem Beſtand gemacht wird, quod is, qui in aliquo loco conueniri nequit, nec loci illius ſtatutis illigetur 9

Cothmann l. c. n. 108.
Meuius l. c. n. 41.

ex quo ſequitur vt nullus officialis ſtatutis ciuitatis in qua domicilium habet teneatur ſed in omnibus negotiis officiales principis viuant iure communi prouinciae

de Ludolf tom. 1. obſ. 35. n. 4.

Solchemnach 5) der Teſtator da er dem foro priuilegiato in allen cauſis perſonalibus unterworfen geweſen, das verfaßte Teſtament anders nicht, als nach dem iure communi prouinciae, welches unter Perſonen, welche unter dem foro priuilegiato ſtehen, das ius loci ausmacht, aufzurichten berechtigt geweſen, hingegen an der Befugniß, ſolches nach den Celliſchen Stadtrechten zu errichten es ihm ermangelt hat, indem er nach geändertem foro aus den Stadtrechten ſo wenig in cauſis perſonalibus ein Recht ſich zueignen, als daraus in eine Verbindlichkeit geſetzt werden können, und ſolches in Anſehung ſeiner in cauſis perſonalibus wie ein fremdes Recht anzuſehen, nach ſolchen Gründen aber 10

6) gedachtes Teſtament nach den gemeinen Rechten zu beurtheilen iſt, und nach dieſen für ein gerichtliches nicht geachtet werden kann, da der Teſtator ſolches bey ſeinem Leben nach Vorſchrift des 11

L. 19. C. de teſtament.

dem Gerichte nicht inſinuirt, mithin ſelbiges in ſolchem Betrachte unvollzogen geblieben iſt,

L. 3. C. de teſtam.

L. 29. D. eod.

dieſem auch die vorangebrachten Zweifels-Gründe nicht entgegen ſtehen

12 indem ad 1) der Teſtator nachdem er das officium procuratoris ordinarii bey dem Königlichen Hofgerichte erhalten, nicht mehr ex ſubiectione perſonali Bürger der Stadt und dem foro des Stadtraths mithin nach den Stadtrechten in cauſis perſonalibus nicht weiter unterworfen geblieben

ſondern ad 2) nur in Anſehung ſeines Wohnhauſes und der darauf haftenden Braugerechtigkeit Bürger zu ſeyn fortgefahren, und in ſo weit nur in cauſis realibus und in Sachen welche die Ausübung der Braugerechtigkeit als eines iuris realis betroffen, das forum der Stadt-Obrigkeit anzuerkennen verbunden geweſen,

13 Gleichwohl ad 3) ſchon nach den gemeinen Rechten eine unter einem foro priuilegiato ſtehende Perſon in Sachen, welche die bürgerliche Nahrung angehen, dem Stadtrathe und deſſen Rechten untergeben iſt

L. 7. C. de iurisdictione omnium iudic.

ſolche Ausnahme aber nur auf beſtimmte Gattungen von Sachen eingeſchränkt iſt, und daher ein officialis in Rückſicht auf alle übrigen Sachen die Rechte des fori priuilegiati zu genieſſen hat, und den Rechten der Stadt nicht unterworfen iſt, officialis enim ſeu miniſter principis, etiamſi ius ciuitatis redemerit et ſeſe ciuitati ratione domus obſtrictum reddiderit, hac ratione tantum in cauſis, quae ad negotiationem ciuicam pertinent et ratione rerum immobilium, ſtatutis ciuitatis ſeſe ſubmiſiſſe cenſetur ratione perſonae vero retinet forum priuilegiatum, et ſtatutis ciuicis non ſubiacet

Stryk de foro miniſtrorum principis cap. II. §. 13. c. III. §. 11.

14 Folglich wenn gleich ad 4) der verſtorbene Teſtator ſowohl in Anſehung ſeines Wohnhauſes als auch des darin getriebenen Brauweſens ein Bürger in der Stadt geblieben, dennoch er ſolches nach erhaltener Hofgerichts-Procuratur zu ſeyn aufgehört und er daher in Anſehung ſeiner perſönlichen Rechte nicht weiter auf die aus den Stadtrechten herrührende Befugniß ſich beziehen können, mithin es nicht darauf, ob der Teſtator die Geſinnung gehabt ſich deren zu bedienen, ſondern darauf allein ankommt, ob er dazu die Befugniß gehabt habe, allermaßen die Form eines Rechtsgeſchäfts von der Vorſchrift derjenigen Rechte, welchen jemand unterworfen iſt lediglich abhängt,

15 Daher ad 5) hier nicht der Fall eintritt in welchem der Teſtator eine doppelte Befugniß nach gemeinen oder nach beſondern Stadtrechten zu teſtiren gehabt haben ſollte, indem er nach erlangtem foro priuilegiato aufgehört, in perſönlichen Sachen unter

ter den Stadtgeſetzen zu ſtehen, und dagegen den gemeinen Rechten unterworfen wor-den mithin die angezogene

L. 3. D. de teſtam. milit.

hiebey keine Anwendung leidet, nach welcher das priuilegium militaris teſtamenti eben ſowohl als das ius commune circa teſtamenta condenda auf den gemeinen Rechten be-ruht:

Als ſind wir ſolchem allem zu Folge der rechtlichen Meinung: 16

Daß das in Frage ſtehende Teſtament nach den Celliſchen Stadtrechten nicht, ſondern lediglich nach den gemeinen Rechten zu beurtheilen ſey, und daher da es von dem Teſtator nicht gerichtlich inſinuirt worden für ein gerichtliches Teſtament nicht gehalten werden könne.

Zweyte Frage.

Ob die Kinder erſter Ehe befugt ſeyen, das Teſtament ſowohl nach dem ge- 17
meinen Rechte als auch nach dem ſtatutariſchen Rechte als ungültig anzufech-ten, Oder ob drittens ſelbige die Wirkung der Teſtaments-Clauſel, daß wer das Teſtament anfechten würde, bis auf den Pflichttheil enterbt ſeyn ſollte, zu befürchten haben?

Ob nun wohl A. gedachtes Teſtament nach gemeinen Rechten die Eigenſchaft ei- 18
nes teſtamenti patris inter liberos deshalb für ſich hat, weil

1) der Teſtator darin alle ſeine Kinder erſter und zweyter Ehe nahmentlich zu Erben eingeſetzt und ſolches daher für eine rechtsbeſtändige und verbindliche Verord-nung, ſo weit ſie die Kinder beyder Ehen unter einander betrifft, nach der

Nov. 107. cap. 1.

anzuſehen, worin auch der Teſtator eine Ungleichheit unter ihnen verfügen, und den Kindern zweyter Ehe ein Prälegat wie im Art. 5. geſchehen vermachen können,

Nov. 22. cap. 48.

Sodann 2) die in Art. 2) des Teſtaments enthaltene Verordnung nach welcher 19
die Kinder erſter Ehe ihr Mütterliches von der Verlaſſenſchaft abzuſondern nicht be-rechtigt ſeyn ſollen, deshalb den Anſchein der Rechtsbeſtändigkeit für ſich hat, weil der Teſtator ſeine ſämmtlichen Kinder zu gleichen Theilen, mithin vltra legitimam zu Erben eingeſetzt hat, hiedurch aber die Kinder in Anſehung deſſen, was ſie über ihren Pflichttheil erhalten haben, die väterliche Verordnung über ihr eigenes Vermögen zu genehmigen und zu halten verpflichtet werden,

L. 14. C. de rei vindic.
L. 24. C. de donat.
L. 14. C. de euict.
Struben rechtliche Bedenken Th. 4. B. 81.

Bevorab der Teſtator durch die anderweitige Verordnung, daß auch ſeine zweyte Frau ihr Eingebrachtes von der Verlaſſenſchaft nicht abſondern, ſondern daß auch dieſes mit in die künftige Theilung gezogen werden ſolle, eine gewiſſe Gleichheit wieder herzuſtellen geſucht hat,

20 Ferner 3) auch aus dieſem Grunde die Folge gezogen werden möchte, daß ſie als Erben ihres Vaters auch die von demſelben im Art. 3 und 4. des Teſtaments und die in dem Codicille zum Beſten ſeiner zweyten Frau gemachten Verordnungen zu halten ſchuldig ſeyen,

Zumahl da 4) der Teſtator dieſe Verfügungen durch die im 9ten Artikel des Teſtaments gebrauchte Sociniſche Cautel zu verſichern geſucht hat, und dieſe deshalb von Wirkung zu ſeyn ſcheinen möchte, weil dadurch den Kindern die Wahl überlaſſen iſt, ob ſie bloß im Pflichttheile Erbe ſeyn, mithin auch ihr Mütterliches abſondern, oder ob ſie die beſchwerenden Verordnungen ihres Vaters anerkennen und alsdann unter einander in gleiche Erbtheile gehen wollen, als worin bekanntlich die rechtliche Kraft dieſer Cautel beſteht,

Stryk de caut. teſt. C. 17. membr. 3. §. 27.

21 Dafern hingegen B) gedachtes Teſtament nach den Stadtrechten für ein gerichtliches Teſtament gehalten werden könnte, über deſſen Beſtand noch weniger Zweifel eintreten dürfte, vielmehr aus gleichen Gründen zu behaupten ſeyn möchte, daß die Kinder erſter Ehe, theils als zu gleichen Erbtheilen eingeſetzte Erben, ſowohl alle über ihr Mütterliches gemachte Verordnungen, als auch die andern zum Vortheil der zweyten Frau geordneten Verfügungen vermöge der gebrauchten Sociniſchen Cautel anzuerkennen und zu halten ſchuldig wären, insbeſondere da in Zweifel gezogen werden dürfte, ob die Römiſche Verordnung in

L. 6. C. de ſecundis nuptiis.

bey einem nach den beſondern Stadtrechten errichteten Teſtamente in Anwendung gezogen werden könne, inmaßen verſchiedene Rechtslehrer in Fällen wo den Ehegatten in den Stadtgeſetzen eine ſtatutariſche Erbportion ausgeſetzt iſt den Gebrauch dieſes Geſetzes in Zweifel ziehen

Wernher P. III. obſ. 120.
Berger in oec. iur. L. I. Tit. III. §. 8.

22 D. a. u. d. A) gedachtes Teſtament wenn es auch 1) in Anſehung ſeiner Form als ein teſtamentum patris inter liberos betrachtet wird, dennoch nach gemeinen Rechten in Anſehung der Frau des Teſtators völlig ungültig iſt, neque enim teſtator vxori vel perſonis extraneis quidquam in teſtamento parentum inter liberos relinquere poteſt niſi adhibito iuſto teſtium numero

Nov. 107. c. I.

folglich da der Teſtator weder zur Errichtung ſeines Teſtaments Zeugen zugezogen noch auch ſolches bey ſeinem Leben gerichtlich inſinuirt, alle darin zum Vortheil ſeiner

zwey-

zweyten Frau gemachte Verordnungen ſchon deshalb völlig ungültig und kraftlos ſind,

Hiernächſt 2) ſo viel den Inhalt deſſelben betrifft, der Teſtator weder über das 23
Mütterliche der Kinder erſter Ehe, als über ihr Eigenthum, noch auch über den ihm angeblich daraus gebührenden Kindestheil, welchen er ohne Beyfall der Stadtrechte, ſich zugeeignet hat, und woran er doch wenn er ihm wirklich gebührt hätte durch den Eintritt in die zweyte Ehe ſofort das Eigenthumsrecht verlohren haben würde,

Nov. 22. c. 23.

zu disponiren keine Befugniß gehabt hat, mithin den Kindern erſter Ehe die Abſonderung des Mütterlichen von der väterlichen Erbſchaft zu ſuchen nicht unterſagen können, wohlerwogen der überlebende und in eine zweyte Ehe tretende Ehegatte nicht einmahl über dasjenige, was ihm von ſeinem erſten Ehegatten angefallen zu teſtiren die Macht hat

L. 3. §. 1. C. de ſecund. nupt.
Nov. 22. cap. 23.

und derſelbe daher noch weniger über das Mütterliche der Kinder erſter Ehe einige Dispoſition ſich zueignen können, wie denn die Rechte ſelbſt verordnen, ſatis abſurdum eſſe et irrationabile, rem, quam in ſuis bonis pure non poſſidet, eam ad alios poſſe transferre et alienam ſpem decipere,

L. 3. §. 2. C. communia de legat.

Bevorab die im zweyten Artikel des Teſtaments über das Mütterliche der Kinder 24
erſter Ehe enthaltene Verordnung bloß als eine zum Vortheil der zweyten Ehefrau gemachte Dispoſition anzuſehen iſt, wie ſolches theils aus der entgegenſtehenden Verordnung, welche die Einwerfung des weit geringern Eingebrachten der zweyten Ehefrau betrifft, theils aus dem ganzen Zwecke dieſer Dispoſition nach welchem der zweyten Frau der vſusfructus maternorum auf Zeitlebens verbleiben ſolle, abzunehmen ſteht, eine ſolche über die materna der Kinder erſter Ehe zum Vortheil der zweyten Frau gemachte Verordnung aber gegen die

L. 6. C. de ſec. nupt.

offenbar anſtößt,

Hiernächſt 3) durch den der zweyten Frau vermachten vſumfructum omnium bo- 25
norum nicht allein einigen unter den Kindern erſter Ehe ein grauamen in legitima zugefügt, und ihnen der Genuß ihres Pflichttheils gegen

L. 32. C. de inoff. teſtam.

wiederrechtlich entzogen wird, ſondern auch theils durch ſolchen lebenswierigen Nießbrauch des ganzen Vermögens, theils durch die im Teſtament Art. 3. 4. und durch die in dem Codicill enthaltene Verordnung der zweyten Frau mehr als einem der Kinder erſter Ehe hinterlaſſen worden, ſolches aber nach

L.

L. 6. C. de ſecund. nupt.
Nov. 22. cap. 27.

dergeſtalt pro non ſcripto gehalten wird, daß dasjenige was die zweyte Frau ſowohl durch das Vermächtniß der ſämmtlichen Mobilien und Pretioſen als auch durch den vermachten Nießbrauch des ganzen Vermögens mehr erhalten hat als das Kind erſter Ehe welches am wenigſten bekommen hat, der den Kindern erſter Ehe ipſo iure anheim gefallen, folglich ihr im Fall eines vorhandenen gültigen Teſtaments nicht mehr als höchſtens ein Kindestheil daraus zu Theil geworden ſeyn würde,

26 Dieſem allem auch 4) nicht entgegen ſteht daß die Kinder erſter Ehe aus dem teſtamento patris inter liberos als Erben deſſelben anzuſehen, und ſeine Verordnungen zu erfüllen gehalten ſind, indem ſie als Erben dazu nur in ſo weit verbunden ſind als die Verordnung rechtsbeſtändig iſt, oder wie Juſtinian in der

Nov. 1. cap. 1. pr.

es ausdrückt, vt ſi quod praecipitur a teſtatore legitimum ſit, aut non aliqua lex prohibeat, dahingegen dem Teſtator die Befugniß ermangelt in dem Teſtament etwas gegen die Rechte zu verordnen, nemo enim poteſt in teſtamento ſuo cauere, ne leges in eo locum habeant

L. 55. D. de legat. I.
L. 112. §. 3. D. eod.

27 Folglich 5) die Kinder erſter Ehe wenn ſie gleich Erben ihres Vaters ſind weder die väterliche in Anſehung der zweyten Frau nichtige Verordnung anzuerkennen noch die über ihr Mütterliches gemachte Verfügung zu genehmigen, noch auch die gegen den

L. 6. C. de ſecund. nupt.

errichtete Verordnung zu befolgen ſchuldig ſind, ſi enim id quod ſecundo coniugi ſupra modum relinquitur lege ipſa pro non ſcripto habetur; nulla heredum ad id praebendum intelligi poteſt obligatio

Voetius ad Pand. lib. 23. tit. 2. n. 112.
G. L. Boehmer de reſtricta de bonis ſuis in fauorem ſecundi coniugis diſponendi facultate §. 13. in tom. II. Elect. iur. civ. p. 566.

28 Nach gleichen Gründen auch 6) einem Vater an der rechtlichen Befugniß es ermangelt eine gegen unterſagende Geſetze anſtoßende Verordnung durch die cautelam ſocini geltend und verbindlich zu machen, indem der Mangel der Zeugen, welche nach der

Nov. 107. c. 1.

zur Form eines teſtamenti parentum inter liberos erfordert werden wenn einer Ehefrau darin etwas hinterlaſſen werden ſoll, eine Nichtigkeit wirkt

L. 5. C. de legib.

ſolche auch nach

L.

L. 55. D. de legat. 1.

die cautelam Socini trifft und deshalb dieſe gegen die

L. 6. C. de ſec. nupt.

worin alle wider das Verbot derſelben gemachte Verordnungen ſchon kraft der Geſetze ſelbſt vernichtet werden, keine Wirkung erlangen kann

Voetius ad Pand. lib. 23. tit. 2. n. 115.
Io. v. Sanden in dec. Friſ. lib. 2. tit. 3. def. 6.

demnächſt ſo fern B) dieſe Frage nach den Celliſchen Stadtrechten beurtheilt, mit- 29
hin gedachtes Teſtament wegen nachher erfolgter gerichtlicher Uebergabe für ein gerichtliches angeſehen werden könnte, dennoch ſolches in Anſehung aller darin enthaltenen Verordnungen für rechtsbeſtändig nicht zu achten,

inmaßen 1) die Verordnung daß die Kinder erſter Ehe ihr Mütterliches aus der väterlichen Erbſchaft nicht heraus ziehen ſollen, den Stadtrechten entgegen iſt, indem nach dieſen ein Vater an dem mütterlichen Vermögen ſeiner Kinder erſter Ehe nur den lebenswierigen nutzbaren Beſitz haben ſoll, dabey aber ausdrücklich veſtſetzen daß ſolches den Kindern unverändert bleiben ſolle, und dadurch dem Vater alles Recht darüber, als über der Kinder Eigenthum, zu verordnen abgeſprochen worden, mithin alle dagegen zumahl zum Beſten der zweyten Frau gemachte Verordnungen für nichtig zu halten ſind nam ſi quis in teſtamento ſcripſerit fieri, quod contra ius eſt non valet,

L. 112. §. 3. D. de legat. 3.

Sodann 2) der im Art. 3. et 4. des Teſtaments und in dem Codicille der zweyten 30
Frau zum beſten vermachte Nießbrauch des ganzen Vermögens und die ihr im Art. 4. vermachte Pretioſa offenbar mehr betragen als der im erſten Artikel jedem Kinde an Eigenthum ausgeſetzte Kindestheil ausmacht, mithin gegen

L. 6. C. de ſec. nupt.
Nov. 22. c. 27.

offenbar anſtoſſen, gleichwohl weder der geſetzliche Gebrauch dieſer Verordnungen, weil ſie auf den angenommen gemeinen Rechten beruhen, noch auch deren Anwendung auf den gegenwärtigen Fall in Zweifel gezogen werden mag

Pufendorf obſ. iur. vniv. Tom. 1. obſ. 23.

weil nicht von einer ex ſtatuto herrührenden Erbportion der zweyten Frau ſondern von einer ex liberalitate defuncti durch den letzten Willen gemachte Verordnung die Frage vorwaltet, und bey einer ſolchen Verordnung des Teſtaments die vorangeführten gemeinen Rechte ihre völlige Anwendung erhalten,

Cramer obſ. iur. tom. II. obſ. 595.
Pufendorf tom. I. obſ. 23.
Boehmer in diſſ. cit. in Elect. iur. ciu. tom. II. p. 573. et 576.

Daß aber 3) die Kinder erſter Ehe weder dadurch, daß ſie Erben ihres Vaters worden noch auch durch die gebrauchte cautelam Socini in die Verbindlichkeit geſetzt werden können, eine gegen die Geſetze gemachte väterliche Verordnung anzuerkennen, die vorhin aus den gemeinen Rechten angeführten Gründe ergeben:

31 Als halten wir den Rechten nach dafür:

Daß 1) gedachtes Teſtament nach gemeinen Rechten zwar als ein teſtamentum patris inter liberos unter den Kindern beyder Ehen unter einander, nicht aber in Anſehung der zweyten Frau beſtehe, und die darin in Anſehung der letztern gemachten Verordnungen völlig kraftlos und ungültig ſeyen; hingegen ſofern

daſſelbe 2) nach den Celliſchen Stadtrechten beurtheilt werden könnte, dennoch die darin über das Mütterliche der Kinder erſter Ehe enthaltenen Verordnungen für ſtatutenwidrig zu halten, nicht minder alles dasjenige was darin zum Beſten der zweyten Frau durch den ihr vermachten vſumfructum der ganzen Verlaſſenſchaft, und durch die ihr vermachten Pretioſa gegen die Verordnung der

L. 6. C. de ſecund. nupt.

geordnet worden, für nicht geordnet anzuſehen, und der zweyten Frau davon ein mehreres nicht als der geringſte Kindestheil den eines der Kinder erſter Ehe erhalten ſollen beträgt, den Rechten nach gebühret,

Endlich 3) daß die gebrauchte Sociniſche Cautel, nach welchem Recht auch das Teſtament betrachtet werden mag hieran etwas zu ändern nicht vermag. 1782.

Num. 106.

Num. 106.

DECISIO.

THEMA GENERALE.

De alienatione fideicommiſſi, conſenſu omnium quorum intereſt et ex iuſta cauſſa facta, valida.

Argumenta specialia.

Deciſio. n. 1.

Rationes dubitandi.

Alienatio fideicommiſſi familiae legibus prohibita eo difficilior eſt ſi fideicommittens expreſſe eam interdixit. n. 2. 3.

Refectionis neceſſitas iuſta alienationis cauſa non eſt. n. 4.

Conſenſus omnium quorum intereſt non ſufficit ob ius nondum natorum. n. 5. 6.

Nec curator his datus absque iuſta cauſſa conſentire poteſt. n. 7.

Magiſtratus itaque conſenſum ſuum recte denegare poteſt. n. 8.

Rationes decidendi.

Fideicommiſſum conſenſu omnium eorum quorum intereſt alienari poteſt. n. 9. 10.

Imprimis ſi iuſta cauſa alienationis exſtat. n. 11.

Qualis eſt neceſſitas refectionis inſignis, haud culpata. n. 12. 14. 15. 21.

Poſſeſſores ad reficiendas aedes fideicommiſſo obnoxias quatenus teneantur. n. 13. 22.

Ratio habenda eſt praeſumtae voluntatis fideicommittentis. n. 16.

Curator minorum et nondum natorum ex iuſta cauſa in alienationem conſentire poteſt. n. 17. 24.

De veritate cauſſae alienationis vero conſtare debet. n. 18.

Magiſtratus ob iuſtam cauſſam alienationem permittere et confirmare poteſt. n. 19.

Pretium inter eos qui ius praeſens habent diuiditur. n. 20.

Liberi heredes parentum facti eorum facta praeſtare debent. n. 23.

Urtheil.

Auf eingebrachtes Suchen und erfolgte nähere Erörterung in Extrajudicial-Sachen der von weiland J. W. T. abſtammenden ſämmtlichen Erbes-Intereſſenten wie auch des den ſchon gebohrnen aber noch minderjährigen auch noch künftig gebohren werdenden Kindern obrigkeitlich zugeordneten Curators, Doctor J. L. H. ſämmtliche Imploranten, die Veräuſſerung des von der weiland Frau Obriſtlieutnantin von C. mit einem Fideicommiß belegten Hauſes betreffend, wird hiemit für Recht erkannt: 1

Daß zuvörderſt zur Erörterung der von Imploranten angeführten erforderlichen Haupt-Reparatur des von der weiland Frau Obriſtlieutnantin von C.

 mit

mit einem Fideicommiß belegten Wohnhauſes und der dazu gehörigen beyden Nebenhäuſer eine Beſichtigung unter Zuziehung einiger von Imploranten vorzuſchlagenden Handwerksverſtändigen anzuordnen: Dafern nun ſolche Hauptreparaturen für nöthig und erheblich befunden werden würden, ſo ſind die von Imploranten zur Veräußerung des eben gedachten Wohnhauſes ſammt den dazu gehörigen Nebenhäuſern angebrachte Urſachen den Rechten nach für gegründet und für zulänglich zu erkennen und wird daher die nachgeſuchte obrigkeitliche Erlaubniß zur Aufhebung des darauf gelegten Fideicommiſſes dahin billig ertheilt, daß ſie das auf vorgedachtes Haus gelegte Fideicommiß mittelſt der von ihnen bereits zu den Acten erklärten gemeinſchaftlichen Einwilligung aufzuheben und die damit belegte vorbemerkte Behauſung, nach ihrem Ermeſſen, jedoch immer nach Vorſchrift der Stadtgeſetze zu verkaufen wohl befugt.

Zweifels- und Entſcheidungs-Gründe.

2 Obwohl 1) weiland Obriſtlieutenantin von C. in einem am 24ten Dec. 1739. errichteten, und mit ihrem Tode beſtätigten Teſtamente ihr elterliches neben der Pfarr-Behauſung gelegenes Wohnhaus und die dazu gehörigen beyden Nebenhäuſer mit einem Fideicommiſſe dergeſtalt belegt hat:

> daß ſolches der Frau Obriſtlieutnantin C. Haus genannt, niemals veralienirt werden, ſondern beſtändig und zu ewigen Zeiten bey ihren Schweſter-Kindern und Kindes-Kindern als ein Fideicommiß verbleiben ſolle;

dabey inſonderheit ihren Schweſter-Sohn den weiland Schöffen und alten Bürgermeiſter J. W. T. und deſſen hinterbleibende Kinder damit dergeſtalt bedacht

> daß ſolches ſo lange jemand von ihnen oder ihren Nachkommen leben würde, bey ihrem Stamme verbleiben ſolle

auch nach deſſen gänzlicher Erlöſchung Frau A. M. T. und deren Leibeserben, und nach deren Abgang den Obriſten J. N. T. darin ſubſtituirt hat,

3 Und da ſolche Verordnung 2) die Eigenſchaft eines Familien-Fideicommiſſes für ſich hat, bey der nachgeſuchten Veräußerung des gedachten Hauſes dieſes Bedenken eintritt, daß ſolche nicht allein in den gemeinen Rechten der Regel nach unterſagt

> L. 3. §. 2. 3. C. communia de legat.
> Nov. 39. pr.

ſondern auch ſolches Verbot durch die Diſpoſition der Teſtatricin, und ſelbſt durch die von ihr erklärte Abſicht, damit ſolches Haus zu ewigen Zeiten bey ihren Schweſter-Kindern und deren Stamm verbleiben und zu ihrem Andenken ihren Namen führen möchte, beſtätigt worden, mithin ein doppelter Grund der unterſagten Veräußerung hiebey in Betracht kommt, und dadurch die Veräußerung noch ſtrenger für verboten gehalten zu werden pflegt

L.

L. 77. §. 27. D. de legat. 2.
Knipſchild de fid. fam. c. 11. n. 11.

Weshalb 3) um deſto mehr auf den Gehalt der Urſachen aus welchen die Aufhe- 4
bung dieſes Fideicommiſſes geſucht wird, es ankommt, unter ſolchen aber die von der Größe der zur Reparatur des Hauſes erforderlichen Koſten hergeleitete Urſache für hinlänglich deshalb nicht zu halten zu ſeyn ſcheint, weil die Fideicommiß-Erben in Rückſicht auf die Nutzungen die ſie aus dem geordneten Fideicommiſſe zu erheben haben, auch die Koſten welche zu deſſen Unterhaltung gehören zu tragen gehalten ſind;

L. 7. C. de vſufr.
Knipſchild l. c. c. 12. n. 57.

Und wenn gleich 4) ſämmtliche Erb-Intereſſenten die Aufhebung des Fideicom- 5
miſſes gemeinſchaftlich zu bewilligen, und ſolchergeſtalt gedachtes Haus ſo weit ihnen daran ein Recht zugefallen, zu veräußern vermögen, dennoch ſolches in Anſehung der von ihnen erzeugten oder noch zu erzeugenden Kinder dieſem Bedenken ausgeſetzt iſt, daß die Teſtirerin ſolches Fideicommiß zum Beſten des ganzen T—ſchen Stamms, und ſo lange jemand von ihnen oder ihren Nachkommen vorhanden ſeyn würde geſtiftet, die nachgebohrnen Kinder aber aus der Stiftung ein eigenes Recht für ſich erlangen, welches ihnen nicht aus dem Recht ihrer Eltern, ſondern aus der Verordnung der erſten Stifterin des Fideicommiſſes anfällt, weshalb die Veräußerung eines Fideicommiſſes in Anſehung ihrer und des ihnen erworbenen Rechts keine Wirkung zu erlangen im Stande ſeyn möchte,

Aus welchem Grunde 5) viele Rechtslehrer der Meinung ſind, daß ein auf ewige 6
Zeiten errichtetes Fideicommiß durch gemeinſchaftliche Einwilligung der Erb-Intereſſenten zum Nachtheil der nachgebohrnen Erben nicht aufgehoben werden könne

Peregrinus de fideicommiſſ. art. 52. n. 87.
Knipſchild l. c. cap. 11. n. 394. ſq.
Stryk de iure ſucceſſoris in reuocandis bonis fam. §. 40.
Hertel de alienatione fideicomm. fam. vel omnibus etiam de ea conſentientibus illicita §. 30. ſq.
Schmidt de fideicommiſſis quae alienari poſſunt vel non poſſunt §. 32.
Behmer in nouo iure controuerſo obſ. 50.

Wie denn 6) auf ſolche hiebey eintretende Bedenken bereits von Obrigkeits wegen 7
Rückſicht genommen und deshalb zu Wahrung der Rechte der gebohrnen minderjährigen und der noch gebohren werdenden Kinder ein Curator zugeordnet worden, und auch ſolcher ohne gegründete Urſachen ſeine Einwilligung in die vorzunehmende Veräuſſerung zu ertheilen nicht befugt iſt,

Daneben 7) es nicht an Beyſpielen fehlt, daß in Anſehung der dabey eintreten- 8
den verſchiedenen Meinungen der Rechtsgelehrten die nachgeſuchte obrigkeitliche Einwilligung in die Aufhebung eines Fideicommiſſes verſagt worden

Strubens rechtliche Bedenk. Theil 4. N. 76.

Derohalben daß Imploranten die nachgeſuchte Erlaubniß zu der in Frage ſtehenden Veräußerung des mit dem Fideicommiſſe behafteten Hauſes nicht zu ertheilen ſey, es das Anſehen gewinnt;

9 D. a. u. d. Imploranten nach Maasgabe der bey den Acten befindlichen genealogiſchen Tabelle, die alleinigen noch lebenden Erbes-Intereſſenten des von der Teſtirerin zum Fideicommiß-Erben eingeſetzten J. W. T. ſind, den von ihnen gebohrnen unmündigen Kindern aber ſowohl als denen, welche von ihnen noch erzeugt werden dürften, ein Curator obrigkeitlich zugeordnet worden;

Demnächſt 2) die auf Abgang des T—ſchen Stamms in dem Fideicommiß ſubſtituirten Perſonen ohne nachgelaſſene Leibeserben bereits verſtorben ſind, indem daß A. M. T. verehlichte von H. den 16ten Sept. 1766 ingleichen ihr Gemahl der General von H. den 8ten Febr. 1770 und deren einzige Tochter M. A. C. verehlichte D. den 13ten April 1762 ohne eheliche Leibeserben zu hinterlaſſen verſtorben ſey durch die Extracte aus den Kirchenbüchern beſcheinigt worden, ſo wie nicht weniger der Obriſte J. N. T. nach Ausweiſung der genealogiſchen Tabelle den 2ten Jul. 1765 unverehlicht verſtorben iſt ſolchemnach alles Erbrecht aus dem, von der weiland Obriſtlieutnantin von C. geordneten Fideicommiſſe bey Imploranten und bey deren Deſcendenten beruhet,

10 Und dann 3) die von ſämmtlichen Erb-Intereſſenten erklärte Einwilligung in die Aufhebung des Fideicommiſſes als ein in den Rechten ſelbſt anerkannter Grund anzuſehen iſt, aus welchem das mit dem Fideicommiß belegte Haus ſo weit es die Rechte der Imploranten angeht, mit Beſtand veräuſſert werden mag; omnibus enim, quibus fideicommiſſum relictum eſt ad diſtractionem conſentientibus nulla fideicommiſſi petitio ſuper futura eſt

L. 120. §. 1. D. de legat. 1.
L. 11. C. de fideicommiſſis.
Nov. 159. c. 3.

11 Daneben 4) Imploranten für ihren gemeinſchaftlich gefaßten Entſchluß den erheblichen Grund angeführt haben, daß das gemeldete Haus ehe und bevor nicht eine mit vielen Koſten verbundene Hauptreparatur darin vorgenommen worden, weder bewohnt noch vermiethet werden könne, und laut Protocolles vom 4ten Oct. 1784 angezeigt haben, daß beſonders dabey ein neues Dachwerk, neue Thüren, Oefen, Fenſter, die Einziehung neuer Balken und andere Verbeſſerungen deren Beſchaffung leicht auf einige tauſend Thaler ſich belaufen könne erforderlich ſeyen,

12 Welches alles um deſto erheblicher iſt weil 5) eines Theils a) bey dieſem nach Abſterben der Teſtatricin ſchon mehr als 40 Jahre im Genuß der Fideicommiß-Erben geſtandenen Wohnhauſe die Baufälligkeit aus der Art und Eigenſchaft der Sache und dem Alter des Gebäudes ſelbſt herrührt und ganz unvermeidlich iſt, andern Theils aber

b)

b) die Teſtirerin zur Unterhaltung dieſes für ewige Zeiten und für die ganze Nach-
kommenſchaft des T—ſchen Stamms geordneten Fideicommiſſes keinen Fond ausge-
ſetzt hat, gleichwohl c) die Erb-Intereſſenten und zeitwierigen Beſitzer eines nach ih-
rem Abſterben wieder an andere abzutretenden Hauſes eine Hauptreparatur an dem-
ſelben wenn ſolches durch Alter ohne irgend ein Verſchulden baufällig geworden aus
eigenen Mitteln zu unternehmen den Rechten nach nicht verpflichtet ſind,

L. 7. §. 3. D. de vſufructu.
L. 7. C. eod.

Hingegen d) unter den jetzigen Umſtänden die Erben weder ſelbſt das Haus in 13
Bewohnung und Nutzung haben, noch auch ohne eine Hauptreparatur daran vorzu-
nehmen jemand anders zur Miethe geben können, wodurch daſſelbe denn unſtreitig
einem noch größern Verfalle ausgeſetzt werden muß,

endlich wenn auch e) die jetzige Hauptreparatur durch ein auf das Haus ſelbſt 14
aufzunehmendes Capital bewirkt und ſolchergeſtalt das Haus wieder in einen bewohn-
baren Stand geſetzt werden könnte, dennoch nicht bloß für jetzt die Benutzung der
Wohnung durch die jährlich zu entrichtenden Zinſen ſich vermindern, ſondern auch das
Haus nichts deſto weniger nach Ablauf einiger Jahre einem ähnlichen Falle leicht wie-
derum ausgeſetzt werden würde, und von dem jetzt noch auf 13300 Fl. angeſchlagenen
Werthe in Rückſicht auf die zur Ausbeſſerung anzulegenden Capitalien und auf den
natürlichen Verfall eines Gebäudes, wenig Vortheil auf die Nachkommenſchaft ge-
bracht werden dürfte,

Aus ſolcher Lage der Sache aber 6) eine Nothwendigkeit zu einer Art der Veräu- 15
ßerung ſich ergibt, und wie ſolche ſonſt einen erheblichen Grund, einzelne Stücke eines
Fideicommiſſes zu veräußern enthält

Knipſchild l. c. cap. 11. n. 350.

ſo hinwiederum ſolche im gegenwärtigen Falle da das Fideicommiß nur das bemerkte
Haus zum einzigen Gegenſtande hat, deſſen Veräußerung um ſo mehr begründet, da
daſſelbe vorbemerkter maßen durch ein auf das Haus geborgtes und zu deſſen Ausbeſſe-
rung verwandtes Capital dennoch gegen den Verfall der künftigen Zeit nicht in Sicher-
heit geſetzt werden dürfte, wobey auch die zu vermuthende Geſinnung der Stifterin 16
des Fideicommiſſes, welche bey der unterſagten Veräußerung des Hauſes das Beſte
der Nachkommenſchaft ihrer Fideicommiß-Erben zur Abſicht gehabt, mit in Betracht
zu nehmen iſt, und deshalb zu vermuthen ſteht, daß ſie wenn ſie dieſen Fall, und da-
bey die große Zahl der von ihren Fideicommiß-Erben in 5 Stämme ſich vertheilenden
und jetzt bereits auf die Zahl von einigen 20 ſich belaufenden Deſcendenten zu überſe-
hen vermocht hätte, eine Veräußerung genehmigt haben würde und hiebey in Anwen-
dung kommt quod id pro diſpoſito habendum ſit, quod fideicommiſſi inſtitor veri ſimi-
liter ſenſiſſe intelligitur

Schweder de alienatione bonor. fideicomm. obnoxior. §. 12.

Sol-

17 Solchemnach 7) der für die gebohrnen unmündigen und für die noch gebohren werdenden Kinder angeordnete Curator, welcher auf die Nothwendigkeit, ſo durch die jetzt ohne Hülfe ſtehende Hauptreparatur des Hauſes verurſacht worden ſich bezogen hat, einen erheblichen Grund zu der in die Veräußerung ertheilten Einwilligung für ſich hat, ſo wie auch der Hofrath S. in natürlicher Vormundſchaft ſeiner Kinder ſolches aus gleichen Gründen bewilligt hat,

18 Inmittelſt da 8) der Beſtand der von dem Curator in die Veräußerung des Fideicommiß-Hauſes gegebenen Einwilligung auf der angeführten und bis jetzt nur auf gemeinſchaftlicher Anerkennung der Intereſſenten beruhenden Nothwendigkeit einer Hauptreparatur des Hauſes gegründet iſt, die Gewißheit dieſes Umſtandes aber, welche zur Sicherheit der Nachkommen, und nicht minder zur Sicherheit eines jeden Käufers erfordert wird, anders nicht, als durch eine von handwerksverſtändigen Männern zu unternehmende Beſichtigung erreicht werden mag, ſolche annoch um ſo mehr beyzubringen iſt, weil ſie einen Theil der erforderlichen Unterſuchung ausmacht, und zu Ertheilung der obrigkeitlichen Erlaubniß zu ſolcher Veräußerung, als welche inſonderheit der unmündigen und der noch gebohren werdenden Deſcendenten halben geſucht worden, erforderlich iſt,

19 Dann aber 9) wenn die Nothwendigkeit einer Hauptreparatur durch ſolche Beſichtigung beſtätigt wird, ein hinlänglicher Grund, eine auf gemeinſchaftlicher Einwilligung aller Erb-Intereſſenten beruhende Veräußerung des Fideicommiß-Hauſes obrigkeitlich zu verſtatten und zu auctoriſiren vorhanden iſt,

20 Inzwiſchen 10) aus den Acten keine beſondere Gründe ſich ergeben, weshalb zugleich die Art und Weiſe, wie der aus dem Verkauf des Hauſes zu erhebende Kaufpreis unter den fünf Stämmen der Erb-Intereſſenten anzulegen ſey, beſtimmt werden könnte, weil die vorhandenen jetzigen Erb-Intereſſenten an dem Fideicommiß-Hauſe ein ſchon erworbenes gegenwärtiges, deren Deſcendenten aber nur ein künftiges und noch nicht angefallenes Recht für ſich haben, und da die Rechte dem Vater die Adminiſtration des den Kindern wirklich angefallenen peculii zueignen, demſelben auch wie ingleichen nach der Frankfurther Reformation der Mutter die Vorſorge den zu erlangenden Antheil von dem Kaufgelde ihren Deſcendenten aufrecht zu erhalten, zugetrauet werden mag,

Bey welchen Umſtänden die vorhin angeführten Zweifels-Gründe ſich erledigen;

21 Anerwogen ad 1) et 2) hiebey nicht auf die in der Regel unterſagte Veräuſſerung einer mit einem Fideicommiß belegten Sache, ſondern auf die vorangeführten Gründe, aus welchen ſolche gegen das Verbot zuläſſig iſt, es ankommt, daneben bey dem von der Teſtatricin gegebenen Verbote in Betracht zu ziehen, daß ſie ein immer währendes Fideicommiß auf ein mit Ablauf der Jahre dem Verfalle unterworfenes Gebäude gelegt hat, ohne die Mittel zur Beſtreitung der erheblichen Unterhaltungs-Koſten zu beſtimmen, weshalb ihre Stiftung in Rückſicht auf ihre Abſicht nach der erſten Anlage ſelbſt

ſelbſt mangelhaft und unvollkommen geblieben und dieſerhalb das Haus zu einer ſolchen Zeit, da es noch mit Vortheil geſchehen kann veräußert werden mag

Schweder l. c. §. 16.

Allermaßen ad 3) den Fideicommiß-Erben nur die mäßigen Unterhaltungs-Koſten, nicht aber diejenigen zur Laſt fallen welche aus dem Verfalle der Sache herrühren 22

L. 7. §. 3. D. de vſufr.
Knipſchild l. c. c. 12. n. 65. 70.

Uebrigens ad 4. 5. 6. et 7. die mit gemeinſchaftlicher Einwilligung ſämmtlicher Erb-Intereſſenten zu unternehmende Aufhebung des Fideicommiſſes nicht allein in Anſehung ihrer rechtsbeſtändig iſt, ſondern auch in Anſehung der gebohrnen und noch gebohren werdenden Kinder gleiche Wirkung erlangt, da eines Theils ein jedes unter dieſen, ſo fern es ſeiner Eltern Erbe wird deren Facta in Anſehung des auf ihn fallenden Antheils zu leiſten verbunden iſt, 23

L. 14. C. de rei vind.
Struben rechtl. Bedenken Th. 1. N. 27. §. 2.
Reinharth ad Chriſtinei deciſ. vol. 1. obſ. 52.
Stryk de caut. teſtam. c. 21. membr. 2. §. 14.

andern Theils in Anſehung der Kinder die vorangeführten auf der nothwendigen Hauptreparatur beruhenden Gründe eintreten, in deren Rückſicht ſowohl der ihnen beſtellte Curator die gleichmäſſige Einwilligung ertheilt hat, als auch derenthalben, und in Betracht aller vorkommenden Umſtände die hochobrigkeitliche Beſtätigung billig zu ertheilen iſt, 24

Als ſind wir wie im Urtheil geſchehen zu erkennen bewogen worden. 1785.

Num. 107.

RESPONSVM.

THEMA GENERALE.

De natura et qualitate iuris crediti quod ineſt in feudo pignoratitio.

Argumenta specialia.

Species facti. n. 1.
Quaeſtio prima et ſecunda. n. 2.

Rationes dubitandi.

Creditum in feudo pignoratitio non eſt feudale ſed allodiale. n. 3. 4.
Cum creditum illud ad ſucceſſores feudales cum ipſo feudo perueniat, illi ad ſoluenda debita allodialia obligati ſunt. n. 5.
Liberi parentibus in feudo ſuccedentes eorum debita allodialia ſoluere debent. n. 6.

Rationes decidendi.

Si ita conuentum eſt vt ius crediti cum ipſo feudo pignoratitio ad maſculos pertineat, fideicommiſſum conuentionale ſubeſt. n. 7. 11.
Bona auita et ſtemmatica ratione ſucceſſionis cum feudalibus conueniunt. n. 8.
Succeſſio itaque in iis fit ex proprio iure et ex pacto et prouidentia maiorum. n. 9.
Proprio iure ſuccedens ad ſoluenda debita anteceſſoris obligatus non eſt. n. 10. 12.
Filii a patre ab hereditate allodiali excluſi iure ſuo in feudo ſuccedentes debitis defuncti non obſtringuntur. n. 13.
Quaeſtionis deciſio. n. 14.
Quaeſtio tertia. n. 15.

Ratio dubitandi.

Extincto ſtemmate maſculino ius crediti ad feminas aequali iure peruenit. n. 16.

Rationes decidendi.

Creitores ex bonis fideicommiſſariis et ſtemmaticis ſolutionem quaerere non poſſunt. n. 17.
Licet extincto fideicommiſſo omnes feminae aequali iure ſuccedendi fruantur, tamen non omnes aequaliter ſuccedunt. n. 18.
Ius ſuccedendi enim a primo acquirente, ordo ſuccedendi vero ab vltimo poſſeſſore pendet. n. 19.
Quaeſtionis deciſio. n. 20.

Rechtsgutachten.

Als uns eine Geſchichts-Erzählung nebſt einigen Fragen zugeſandt, und wir darüber unſere in den Rechten gegründete Meinung zu ertheilen gebeten worden, demnach erkennen wir für Recht:

1 Hat Johann Michael von S. verſchiedene alte Stamm- und Geſchlechts-Lehne und unter dieſen das von Chur-Cölln zu Lehn gehende Schloß A. nebſt deſſen Inbegriff und Zubehörungen beſeſſen welches gegen Erlegung eines Anlehns von 1600 Gold-

Goldgulden bereits im Jahre 1543 dem Auguſtin von B., und darauf im vorigen Jahrhunderte dem Wilhelm Reinhard von S. und deſſen männlichen Lehnserben zum rechten Mann- und Pfand-Lehn dergeſtalt zu Lehn gegeben worden iſt, daß auf den Fall daß von denen von S. keine Mann-Lehnserben mehr am Leben wären, gedachtes Schloß A. nebſt Zubehör gegen Erſtattung des vorigen Pfand-Schillings von 1600 Goldgulden zufolge des mit Auguſtin von B. eingegangenen Vertrages dem Erzſtifte wieder heimfallen ſollte, wie ſolches der jüngſte Lehnbrief vom Jahr 1763 des mehreren ergibt.

Hat ferner gedachter Johann Michael von S. ſeinen einzigen Sohn Adam Karl Friedrich von S. überlebt und bey ſeinem Ableben eine Tochter und einige von dem Sohn erzeugte unmündige Enkel hinterlaſſen, jedoch in ſeinem höchſten 80 bis 90 jährigen Alter ſeine ſämmtlichen Allodia, immobilia et mouentia ſeiner Tochter, Zweifels ohne durch deren Schmeicheleyen und böſe Rathgeber verführt, zugewandt auch die Lehngüter mit Schulden beſchwert und ſolche ohne daß die Anlehnsweiſe aufgenommenen Gelder zum Beſten des Lehns verwandt worden wären, verpfändet und verſetzt:

Sind darauf nach Abſterben des Johann Michael von S. deſſen Enkel ihm in den alten Stamm- und Geſchlechts-Lehnen, hingegen deſſen Tochter in dem ſämmtlichen ihr zugewandten Allodial-Nachlaß ſuccedirt, wovon die Enkel ausgeſchloſſen und worin ſie von ihrem Großvater gar nicht zu Erben eingeſetzt worden. Sie erkennen ſich deshalb auch nicht für ſchuldig die zur Conſervation des Lehns nicht contrahirten Schulden des Großvaters zu bezahlen, da ſolcher ſelbſt allodium a feudo ſeparirt hat.

Dahingegen ſuchen deſſen Gläubiger den im obgedachten Lehnbrief benannten Pfand-Schilling des Schloſſes A. in Anſpruch zu nehmen und fordern deſſen Zahlung, oder verlangen die Lehngüter ſo lange unter ſich zu behalten, bis ſie ſo viel an Lehns-Nutzungen gehoben, als der Pfand-Schilling des Schloſſes von 1600 Goldgulden beträgt.

Hingegen behaupten die Enkel des Johann Michael von S. daß ſie weil ſie und ihre männliche Deſcendenz die noch ſehr lange fortdauern kann, den Pfand-Schilling ſelbſt nicht fordern können, und dieſer nach Inhalt des Lehnbriefes zuerſt nach Ausgang des Mannsſtamms bezahlt werden ſolle, zur Zahlung des Pfand-Schillings an die Gläubiger des Johann Michael S. nicht verbunden auch nicht verpflichtet ſeyen ihnen die feuda antiqua ſo lange bis ex fructibus eine dem Pfand-Schilling gleiche Summe herauskomme, genießen zu laſſen,

Es erwachſen daher folgende Fragen:

Erſte und zweyte Frage.

Ob die Gläubiger des Johann Michael von S. die Zahlung des Pfand-Schillings von deſſen Enkeln fordern, oder die feuda antiqua bis zu deſſen Tilgung hinnehmen können? und ob dieſer Pfand-Schilling ſo lange als der S—ſche Mannſtamm dauert, als Allodium zu betrachten ſey? 2

3 Ob nun wohl 1) bey jedem Pfand-Lehne der Pfand-Schilling von dem dafür zu Lehn gereichten Pfandgute dergeſtalt zu unterſcheiden iſt, daß jener nach wie vor die Natur eines crediti behält, und den Gegenſtand der Belehnung und des Lehns nicht ausmacht, vielmehr in Anſehung deſſen daß er zu Lehn nicht gegeben wird, als ein Allodium zu betrachten iſt, licet enim feudum pignoratitium ſit, obligatio principalis tamen allodialis eſt

Stryk de feudo pignorat. c. 4. §. 29.

ideoque ius crediti in feudo pignoratitio mere allodiale eſt

Boehmer conſult. et dec. tom. III. P. I. reſp. 146. n. 5.

4 Daher auch 2) im gegenwärtigen Falle der Pfand-Schilling von 1600 Goldgulden wofür das Schloß A. zu Lehn gegeben worden von ſeiner erſten Darleihung an die Eigenſchaft eines Allodiums gehabt und ſolche auch ungeachtet der Lehns-Verbindung, in welcher das dafür zum Pfand eingegebene Schloß A. ſteht, behalten, deshalb auch in den Lehnbriefen dieſes von jenem unterſchieden, und die Belehnung nur auf das Schloß und deſſen Zubehörung gerichtet iſt,

5 Und wie hieraus 3) die Folge ſich ergibt, daß die zeitigen Lehnfolger in dem Schloß A. zugleich als Nachfolger in dem damit unzertrennlich verknüpften iure crediti allodiali von 1600 Goldgulden anzuſehen ſind, ſo auch ſolches den Gläubigern des Johann Michael von S. dahin zu ſtatten kommen dürfte, daß ſo weit der Pfand-Schilling zureicht, ſie ſich an das Lehn zu halten, und die Befriedigung ihrer Forderungen aus den Lehnsfrüchten vsque ad ſummam concurrentem zu fordern, für eben ſo berechtigt zu halten, als ſonſt Gläubiger ſolche ex allodio defuncti zu fordern befugt ſind,

6 Bevorab 4) nicht auſſer Acht zu ſetzen, daß die jetzigen Lehnsbeſitzer als Enkel des letzt verſtorbenen Vaſallen die Lehnsfolge erhalten, und gleichwohl Söhne die väterlichen Schulden aus den durch den Vater angefallenen Lehnen zu bezahlen ſchuldig ſind;

II. Feud. 45.

7 D. a. u. d. der in Frage ſtehende Pfand-Schilling von 1600 Goldgulden die Art und Eigenſchaft eines Stamm- und Geſchlechts-Allodiums für ſich hat, indem das Schloß A. vom Erzſtift Cölln gegen Erlegung des gedachten Pfand-Schillings dem Geſchlecht von B. und darauf dem Geſchlecht von S. dermaßen zum Pfand und zu Lehn gegeben worden, daß ſo lange einer vom Mannsſtamme vorhanden, gedachtes Pfand-Lehn auf dieſe fallen, und erſt mit Ausgang des Mannsſtamms gegen Erſtattung des Pfand-Schillings dem Erzſtift wieder heimfallen ſolle,

Daraus aber 2) unwiderſprechlich folgt, daß das ius crediti auf die 1600 Goldgulden mit dem zu deſſen Sicherheit conſtituirten Pfand-Lehne ſo lange der Mannsſtamm derer von S blühet unzertrennlich verknüpft iſt, und daß ſolches nach dem erſten Lehnsvertrage mit dem Pfand-Lehn auf keine andere als auf die männlichen Lehns-

er-

erben fallen ſollen, mithin ſo lange der nexus feudi fortdauert die Succeſſion in das Recht auf gedachten Pfand-Schilling mit der Lehnsfolge in dem pignore infeudato gleiche Rechte genießt, ſolchemnach in dem erſten Lehnsvertrage, mittelſt deſſen das Schloß A. gegen Erlegung des Pfand-Schillings in Pfand und Lehn gegeben worden, dieſes fideicommiſſum conuentionale domini directi conſenſu munitum enthalten iſt, daß das Recht auf den Pfand-Schilling mit dem pignore infeudato auf die männlichen Lehnserben des belehnten Geſchlechts vererbfället werden ſolle,

Nun aber 3) darin die Natur der Stamm-Allodialgüter beruht, daß ſie ex pacto et prouidentia maiorum auf keine andere als auf die vom Mannsſtamm des Geſchlechts fallen, und deshalb bona nexui fideicommiſſi agnatici obnoxia, auita et ſtemmatica genannt werden 8

Reinking de retractu conſang. qu. 3. n. 11. ſq.
Harpprecht vol. nov. conſil. 48. n. 334.

mithin wenn ſie gleich im übrigen die Eigenſchaft eines Allodiums haben, dennoch ſo viel die Succeſſion betrifft, gleiche Rechte mit den Lehnen genießen und auf keine andern als auf die männlichen Geſchlechts-Erben vererbt werden, bona auita enim ratione ſucceſſionis imitantur conditionem feudalium

Boehmer conſ. et dec. tom. 1. p. 2. reſp. 45. n. 47. et ſq.

und wie 4) dieſe Eigenſchaft des in Frage ſtehenden Pfand-Schillings aus der Natur des Pfand-Lehns mit welchem ſelbiger unzertrennlich verbunden iſt, ſich ergibt, ſo auch daraus weiter folgt, daß die jezigen Beſitzer des Pfand-Lehns mit der Lehnsfolge, zugleich die Folge in das Recht auf den Pfand-Schilling iure proprio erhalten, indem ſie darin nicht ex beneficio aui ſondern ex pacto et prouidentia maiorum ſuccediret, in his bonis vero quae ex pactis et prouidentia maiorum pendent, ſuccediturt proprio iure ex prouiſione maiorum non ex beneficio vltimi defuncti 9

Carpzov dec. illuſtr. 158. n. 11.
Hartm. Piſtor quaeſt. iur. lib. 4. qu. 1. n. 24.
Ant. de Petra de fideicomm. qu. 11. n. 68.

Gleichwohl 5) aus den Rechten mehr als zu bekannt iſt, daß derjenige ſo iure proprio ſuccediret, des Vorgängers im Lehne Schulden zu bezahlen nicht gehalten iſt, und daher auch die jezigen Beſitzer des Pfand-Lehns, da ſie in dem damit verknüpften Pfand-Schilling iure proprio ſuccediren die großväterlichen Schulden zu bezahlen nicht verbunden ſind, dieſem allem auch die vorangeführten Zweifel nicht entgegen ſtehen, anerwogen das Recht an dem Pfand-Schilling an und für ſich zwar allodial iſt, hingegen kein Allodium des lezt verſtorbenen Lehnsbeſitzers Joh. Mich. von S. ausmacht, ſondern als ein allodium auitum anzuſehen, welches nach dem Lehnsvertrage des primi acquirentis vermöge ſeiner mit dem Pfand-Lehn ſelbſt unzertrennlichen Verbindung auf eben diejenigen welche in dem Pfand-Lehn folgen, vererbfället wird, 10 11

12 Und eben deshalb ad 3) die Gläubiger des letzt verſtorbenen Vaſallen daraus eine Befriedigung zu fordern nicht berechtigt ſind, weil ſolcher Pfand-Schilling nicht zu deſſen Allodial-Erbſchaft gehört, deſſen Enkel auch darin nicht ex beneficio aui ſondern ex prouiſione maiorum ſuccedirt,

13 Endlich ad 4) die jetzigen Lehnsbeſitzer als Erben ihres Großvaters nicht angeſehen werden können, inmaßen dieſer in ſeinem Teſtamente ſeine geſammte Allodial-Erbſchaft ſeiner Tochter hinterlaſſen, und ſeine Enkel darin gänzlich übergangen und ausgeſchloſſen, mithin da die großväterliche Erbſchaft ihnen nicht einmahl angetragen iſt die bey Kindern nach dem Lehntext

II. Feud. 45.

eintretende Frage ob ſie die Allodial-Erbſchaft anzutreten verbunden oder ſolche auszuſchlagen befugt ſeyen, nicht einmahl in Anwendung kommen kann, vielmehr in ſolchem Falle Rechtes iſt quod ſi filiis non deferatur hereditas allodialis ſed hi vel exheredati ab ea vel praeteriti ſint nihilominus iure ſuo ad feuda admittantur nec oneribus defuncti obſtringantur,

Roſenthal de feud. cap. 7. concl. 22. n. 1. 2.

14 Als ſind wir der rechtlichen Meinung:

Daß zwar der A—ſche Pfand-Schilling ſo lange als der Mannsſtamm des Geſchlechts der von S. ſtehet, anders nicht als ein Stamm- und Geſchlechts-Allodium anzuſehen, und daher die Gläubiger des Joh. Mich. von S. die Zahlung dieſes Pfand-Schillings von deſſen Enkeln zu fordern oder die feuda antiqua bis zu deſſen Abtrag unter ſich zu nehmen nicht befugt ſind.

Dritte Frage.

15 Ob nach Ausgang des Mannsſtamms der Pfand-Schilling allein zu Zahlung der von Joh. Mich. von S. contrahirten Schulden zu verwenden ſey oder ob alle vom erſten Erwerber Wilh. Reinh. von S. deſcendirende und nach Abſterben des letzten männlichen Nachkommen künftig exiſtirende Perſonen weiblichen Geſchlechts den Pfand-Schilling vom Lehnherrn fordern können?

16 Ob nun wohl 1) die Gläubiger des Joh. Mich. von S. an das von ihm nachgelaſſene Allodium ſich zu halten und daraus die Befriedigung ihrer Forderungen zu ſuchen befugt ſind, cum bona non intelligantur niſi deducto aere alieno, und nach Ausgang des Mannsſtamms der durch ihn auf die jetzigen Lehnsbeſitzer vererbte Pfand-Schilling auch unter ſelbiges zu rechnen ſeyn dürfte,

Dahingegen 2) auf der andern Seite es das Anſehen gewinnt, daß kraft des in dem erſten Lehnsvertrag enthaltenen fideicommiſſi taciti nach welchem der Pfand-Schilling nach Abgang des Mannsſtamms auf das weibliche Geſchlecht fallen ſoll, den ſämmtlichen vom primo acquirente abſtammenden Deſcendenten weiblichen Geſchlechts das ius ſuccedendi, und vermöge deſſen eine gleichmäßige wirkliche Succeſſion zuſtehen dürfte,

D.

D. a. u. d. der in Frage ſtehende Pfand-Schilling zu dem Allodium des letzt ver- 17
ſtorbenen Joh. Mich. von S nicht gehört, ſondern vielmehr als ein Stamm- und
Geſchlechts-Allodium anzuſehen, und daher deſſen Creditoren daraus eben ſo wenig als
aus andern Fideicommiß-Gütern die Bezahlung der von ihm contrahirten Schulden
zu fordern berechtigt ſind, vielmehr ſie bloß an deſſen Allodial-Nachlaß, und an ſeine
Tochter als an die von ihm eingeſetzte Allodial-Erbin ſich zu halten vermögen,

Hiernächſt 2) durch das in dem Lehnsvertrage des erſten Erwerbers liegende 18
fideicommiſſum tacitum auf den Lehns-Anheimfall zwar allen von demſelben deſcendi-
renden Töchtern ein ius ſuccedendi erwachſen, jedoch ſolches nach dem ordine ſucceden-
di ab inteſtato nur derjenigen Tochter die dem letztverſterbenden Vaſallen dem Grade
nach die nächſte iſt, anheim fallen kann,

In mehrerer Erwägung daß 3) zwiſchen dem iure ſuccedendi und dem ordine 19
ſuccedendi dieſer rechtliche Unterſchied obwaltet, daß zwar das ius ſuccedendi a primo
acquirente herrührt, und allen von ihm abſtammenden Deſcendenten weiblichen Ge-
ſchlechts zuſteht, hingegen der ordo ſuccedendi, wenn er durch Verträge nicht beſtimmt
iſt, auf dem ordine ſuccedendi ab inteſtato beruht, und bey dieſem auf proximitatem
gradus ab vltimo defuncto, cui ſucceditur zu ſehen iſt, auch darauf der Rechtsſatz be-
ruht, quod ſucceſſio in fideicommiſſis familiae fiat ordine ſucceſſiuo qui iure ciuili
praefinitus eſt ab inteſtato, nimirum vt aequali gradu conſtituti, aequaliter et ſimul,
diuerſis vero gradibus conſtituti, proximiores ſuccedant et remotiores excludantur

Knipſchild de fid. famil. c. 9. n. 9.

proximitas vero non reſpectu primi acquirentis ſed reſpectu vltimi defuncti attendatur

Idem l. c. n. 83. n. 92.
Schilter de natura ſucceſſ. feud. cap. 1. §. 9. c. 3. §. 8.
Eyben Elect. iur. feud. c. 7. §. 8. 10. 12.

Und 4) hierauf im gegenwärtigen Falle um ſo mehr zu ſehen, als der Pfand-
Schilling eher nicht als bis nach gänzlichem Abgange des Mannsſtamms dem weiblichen
Geſchlechte anfallen kann, und tempore ſucceſſionis es darauf ankommt, welche unter
dieſen dem letztverſterbenden Vaſallen die nächſte ſeyn wird,

Als erhellet hieraus: 20
daß nach Ausgang des S—ſchen Mannſtamms der Pfand-Schilling zur Be-
zahlung der von Joh. Mich. von S. gewirkten Schulden mit Beſtand Rech-
tes nicht verwandt werden könne auch in ſolchem Fall ſämmtliche vom erſten Er-
werber Wilh. Reinh. von S. deſcendirende und nach Abſterben des letzten Vaſal-
len alsdann exiſtirende Perſonen weiblichen Geſchlechts den Pfand-Schilling
von dem Lehn nicht fordern können, ſondern dazu unter dieſen nur diejenigen
welche dem letztverſterbenden Vaſallen dem Grade nach die Nächſten ſind,
für berechtiget zu halten. 1770.

Num. 108.

Num. 108.

DECISIO.

THEMA GENERALE.

De vi conditionis, non mutandi religionem, heredis inſtitutioni appoſitae.

Argumenta specialia.

Sententia. n. 1.

Rationes dubitandi.

Teſtator heredi facultatem religionem mutandi adimere nequit. n. 2.

Leges imperii enim hanc facultatem concedunt, et ne quis ob religionem ab hereditate arceatur diſponunt. n. 3.

Prohibitio mutationis religionis enim libertati conſcientiae vim facit. n. 4. 5.

Conditio de mutanda religione pro non ſcripta habetur. n. 6.

Rationes decidendi.

Conditio ne heres religionem mutet, non adimit facultatem mutandi religionem. n. 7.

Nec legibus imperii contraria eſt. n. 8.

Valet itaque ſi heredis inſtitutioni adiecta eſt, et legitimam non onerat. n. 9.

Quilibet enim iure ſuo retinet religionem in imperio Germanico probatam. n. 10.

Heres itaque eligere poteſt vtrum religionem non mutare, an commodum amittere velit. n. 11.

Nec valet concluſio a contraria conditione, vt heres religionem mutet. n. 12.

Urtheil.

1 Auf eingewandte Reviſion und deren Rechtfertigung in Sachen der Gebrüder H. Imploranten und Revidenten an einem, wider den Stadt-Syndicus Dr. S. als Vormund der minderjährigen Wilhelmine T. Imploraten und Reviſen am andern Theile wird hiemit für Recht erkannt:

Daß die von den Revidenten angebrachte Beſchwerde für erheblich nicht zu halten, derowegen der eingewandten Reviſion nicht zu deferiren.

Zweifels- und Entſcheidungs-Gründe.

2 Obwohl Revidenten durch das vorige Urtheil deshalb beſchwert zu ſeyn vermeinen, weil ihr Suchen für ſtatthaft nicht erkannt, und die dem K—ſchen Teſtamente beygefügte Bedingung daß die eingeſetzten Erben in dem Fall ſie ihre Religion verän-

dern

dern würden, alles verliehren ſollten was ihnen mehr hinterlaſſen worden, als ihr Pflichttheil beträgt, für gültig und rechtsbeſtändig gehalten worden

Allermaßen 1) bey dem zu erörternden Beſtande dieſer Bedingung es auf die Präjudicialfrage ankomme, ob ein Teſtator das Gewiſſen ſeiner Erben zu beſchränken befugt ſey, und ihnen die Freyheit die Religion in welcher ſie gebohren und erzogen worden mit einer andern in Teutſchland öffentlich angenommenen Religion nach ihrer Ueberzeugung zu verändern benehmen könne, und dann da dieſes mit den göttlichen Geſetzen und den Reichsrechten offenbar ſtreiten würde, auch die Bedingung die einmahl angenommene Religion nicht zu verändern, für widerrechtlich und für nicht geordnet anzuſehen ſey,

Wobey 2) im gegenwärtigen Falle darauf, daß die Teſtirerin ihren Erben den Pflichttheil uneingeſchränkt hinterlaſſen, und nur ihren übrigen Nachlaß der gedachten Bedingung unterzogen, es nicht ankomme, indem der Nichtbeſtand dieſer Verordnung in der Eigenſchaft der gedachten Bedingung beruhe, und ſolche deshalb für unzuläſſig und pro non adiecta zu halten, weil die Reichsgeſetze die Freyheit jede öffentlich recipirte Religion anzunehmen verſtatteten auch, daß niemand ſeiner Religion wegen, von Erbſchaften oder Vermächtniſſen ausgeſchloſſen werde, verordneten, 3

Inſtr. Pac. Weſtph. art. V. §. 35.

Wogegen 3) der Beſtand dieſer Bedingung dadurch, daß es der Sittlichkeit nicht entgegen ſey, bey einer einmahl anerkannten öffentlichen Religion zu beharren, ſich deshalb nicht rechtfertigen laſſe, weil dennoch die Gewiſſensfreyheit eingeſchränkt werde wenn die Erben, nach eigenem Erkenntniß und nach eigener Ueberzeugung ſich ſeeligmachende Mittel zu verſchaffen, behindert würden, 4

In welchem Betracht 4) von ſolchen Bedingungen die auf gleichgültige Handlungen geſtellt ſind, dergleichen die Bedingung iſt, ſeinen Wohnort nicht zu verändern oder von einer Privatgeſellſchaft nicht abzutreten, keine Anwendung auf die in Frage ſtehende Bedingung welche die Gewiſſensfreyheit betrifft, gemacht werden könne, 5

Dieſem allem 5) hinzutrete, daß die einem Erben bey der Erbes-Einſetzung auferlegte bejahende Bedingung, dafern er ſeine Religion verändern und zu einer andern öffentlich angenommenen Religion übergehen würde, für unſittlich und für nicht geordnet gehalten werde, wie viele Rechtslehrer mit Beſtand behaupten 6

Schilter in prax. iur. Rom. exerc. 38. §. 44.
Struuius in ſynt. iur. ciu. ex. 33. th. 50.
Lauterbach in coll. th. pract. lib. 35. tit. 1. §. 35.
Boehmer in diſſ. praelimin. ad ius ecclesiaſt. §. 49.
Reinharth in obſ. ad Chriſtinaei deciſ. Vol. 4. obſ. 24.

und daher ein gleiches bey der in Frage ſtehenden den Erben auferlegten Bedingung ihre einmahl angenommene Religion nicht zu verändern anzunehmen ſey, weil in beyden Fällen einerley Grund eintrete und die Gewiſſensfreyheit benommen werde,

Solchemnach daß die angebrachte Beſchwerde für unerheblich nicht zu halten, es einigen Anſchein haben will.

7 D. a. u. d. 1) die Teſtirerin in ihrer letzten Willens-Verordnung worin ſie ihre Kinder und Erben bey der Evangeliſch lutheriſchen Religion zu verbleiben ermahnt, und auf den Fall, daß eines unter ihnen zu einer andern Religion übertreten würde, daſſelbe der Erbſchaft bis auf den Pflichttheil verluſtig zu ſeyn verordnet und danach die Erbes-Einſetzung ihrer Kinder ſolchergeſtalt limitirt hat, daß ſie ſolche unter der Condition, wenn ſie die Religion, in welcher ſie gebohren und erzogen ſind, nicht ändern oder geändert haben würden, verſtanden haben wolle, bloß über ihr eigenes Vermögen, ſo weit es unter ihrer Dispoſition den Rechten nach geſtanden, geordnet, hingegen dadurch keinem ihrer Kinder die Freyheit zu einer andern Religion nach eigenem Gewiſſen überzugehen, benommen hat, indem denſelben nach der Natur dieſer Bedingung die freye Wahl bey ihrer Religion zu verbleiben oder ſolche mit Verlaſſung des angetragenen Erbantheils zu verändern, auf eine gleiche Weiſe offen geblieben, als die Geſetze in einem ähnlichen Falle ein unter der Bedingung des nicht zu verändernden Wittwenſtandes hinterlaſſenes Vermächtniß dadurch rechtfertigen, quod coniux ex duobus electionem habeat, vtrum matrimonium contrahere et accipiendis renunciare, aut ſi hoc nolit, omnino a ſecundis nuptiis abſtinere velit,

Nov. 22. c. 44.

8 Sodann 2) dieſe Bedingung gegen die gemeinen Rechte und gegen die Reichsgeſetze im geringſten nicht anſtößt, wie daraus ſich hinlänglich ergibt daß es bey jeder geiſtlichen Bedienung und bey jeder Pfründe gemeinen Rechtens iſt, daß ſolche unter der ſtillſchweigenden Bedingung, dafern der damit providirte bey der Religion zu welcher ſie geſtiftet iſt, beharren würde, für verliehen gehalten wird, und ſolche daher bey jeder Religions-Veränderung ſo fort verlohren geht, wenn gleich die Freyheit die Religion zu verändern jedem dabey ungekränkt verbleibt,

Inſtr. Pac. Weſtph. art. V. §. 15.

9 Wohlfolglich Verträge ſowohl als letzte Willens-Verordnungen unter gleicher Bedingung auf eine den Rechten nach befugte Weiſe eingegangen werden,

Moſer de pactis et priuilegiis circa religionem §. 68.
Derſ. von der Teutſchen Religions-Verfaſſung Buch I. Cap. 4. §. 27.
von Kreitmayer in den Anmerkungen über den Cod. civ. Bauariae. P. 5. cap. 20. §. 9.

Und da die Teſtirerin nur denjenigen Theil ihres Nachlaſſes welchen ſie ihren Kindern über den Pflichttheil zugewandt, und worüber ſie nach der

Nov. 18. c. 1.

die freye Macht zu disponiren gehabt, mit obgedachter Bedingung belegt hat, an der rechtlichen Befugniß derſelben dazu kein rechtliches Bedenken obwaltet,

Wie

Wie dann auch 3) die Sittlichkeit ſolcher Bedingung ſich ſchon daraus völlig 10
rechtfertiget, daß jedem Religions=Genoſſen ohne Unterſchied der im Teutſchen Reiche öffentlich angenommenen Religionen das Recht bey derjenigen Religion worin er gebohren und erzogen iſt unverändert zu beharren zuſteht, dieſem aber die Bedingung, bey ſolcher unverändert zu verbleiben, angemeſſen iſt, bevorab nichts deſto weniger, dem Erben die Freyheit ſolche zu verändern mit Ausſchlagung des unter ſolcher Bedingung angefallenen Erbrechts ungekränkt bleibt, hingegen bey ſolchem von dem freyen Willen des Teſtirers abhangenden Erbantheil die Verordnung der Rechte, daß keiner des geſetzlichen oder ſonſt ſchon ohne dergleichen Bedingung erlangten Erbrechts wegen Verſchiedenheit der Religion entſetzt werden ſolle, in keine Anwendung gezogen werden kann,

Nach ſolchen Gründen aber 4) es der in den Acten angeführten von ähnlichen Be- 11
dingungen ſeinen Wohnort und dergleichen nicht zu verändern, hergeleiteten Beyſpiele nicht bedarf, ungeachtet allerdings die gegründete Analogie eintritt, daß bey jenen ſowohl als bey der in Frage ſtehenden Bedingung dem Erben die freye Wahl den zugedachten erbſchaftlichen Vortheil fallen zu laſſen und die Religions=Veränderung nach eigenem Ermeſſen einzugehen ungekränkt und unbenommen bleibt,

Dahingegen 5) von der dieſer entgegen geſetzten, und einem Erben aufgelegten 12
Bedingung, die Religion zu welcher er ſich bisher bekannt zu verlaſſen und eine andere anzunehmen, keine Folge auf die in Frage ſtehende Bedingung gemacht werden kann, da bey jener es mit der Sittlichkeit und Rechtſchaffenheit ſtreitet den für wahr erkannten Glauben um eines Gewinnes willen zu verleugnen, und deshalb einen andern Glauben anzunehmen, als wobey ſchon die in

L. 8. pr. D. de condit. inſtitut.

enthaltene ähnliche Verordnung anwendbar wird, im Gegentheil aber dieſer Vorwurf bey der in Frage ſtehenden Bedingung wegfällt, weil nach ſolcher der Erbe nur bey der Religion, welche er ſchon ſelbſt bisher für wahr erkannt hat, verbleiben ſoll, inmaßen wenn er dabey bleibt anzunehmen iſt, daß er ſolches wegen der einmahl erkannten Wahrheit derſelben und nicht wegen des Gewinnes gethan habe, ſo wenig daher die dem Erben unter Verluſt des Erbrechts vorgeſchriebene Bedingung, wenn er die katholiſche Religion nicht verlaſſen und zur proteſtantiſchen nicht übergehen werde anzufechten ſteht, eben ſo wenig die gleichmäßige Bedingung wenn er bey der proteſtantiſchen Religion verbleiben, und die katholiſche nicht annehmen werde wegen der in den Reichsgeſetzen gegründeten vollkommenen Gleichheit beyder Religionen einen rechtlichen Vorwurf leiden mag, in welchem Betracht auch die Rechtslehrer mit Grunde behaupten, daß von der conditione mutandi religionem, welche pro turpi zu halten, auf conditionem non mutandi religionem, welche mit der Rechtſchaffenheit und dem Gewiſſen übereinſtimmt keine Folge gezogen werden könne

 Her-

Hertius de ſuperioritate territor. §. 13. in op. vol. 1. tom. 2. p. 219.

Gonne de probatione religionis §. 17. et ſq.

Neumann in comment. de hereditat. et ſucceſſionibus Princip. Sect. 4. tit. 28. §. 614.

Solchem allem nach die gegen das vorige Urtheil angebrachte Beſchwerde für ungegründet und für unerheblich zu halten,

Als ſind wir wie im Urtheil geſchehen zu erkennen bewogen worden. 1789.

Num. 109.

RESPONSVM.

THEMA GENERALE.

De ordine ſuccedendi agnatorum in bona feudalia et ſtemmatica in caſu lineae extinctae.

ARGVMENTA SPECIALIA.

Species facti. n. 1.

Quaeſtio. n. 2.

Rationes dubitandi.

Pacta familiae quae imprimis ſucceſſionem in bonis ſtemmaticis determinant praerogatiuam lineae primogenitae conſtituere videntur. n. 3. 4. 6.

In ſucceſſione ex iure primogeniturae, extincta vna linea, linea proximior praerogatiuam habet. n. 5.

Extincta linea itaque bona ad primogenitum in linea proximiori perueniunt. n. 7.

Extincta linea ſecundum ius commune omnes lineas aequaliter ſuccedere quidam ſtatuunt. n. 8.

Rationes decidendi.

Bona ſtemmatica per diuiſionem ad lineam deuoluta, in ea tamdiu manent, quam ex illa linea aliquis qui eorum capax eſt, ſupereſt. n. 9.

Pactis familiae ſucceſſionem linea extincta, in caſu propoſito, proximiori delatam eſſe, demonſtratur. n. 10. 14.

Fratres iure Saxonico excludunt fratrum praedefunctorum liberos. n. 11.

Extincta linea, gradu proximior ſuccedit. n. 12.

Succeſſionis linearis ratio. n. 13.

Subſtitutionis directae et fideicommiſſariae ratio. n. 15.

Subſtitutio omnem vim amittit caſu ſubſtitutionis non exiſtente. n. 16.

Extincta linea ſucceſſio linearis ceſſat et ordo ſuccedendi iuris communis abſque omni linearum praerogatiua locum habet. n. 17. 18.

Praerogatiua lineae locum habet ſi ordo ſuccedendi ex iure primogeniturae introductus eſt. n. 19.

Si primogenitus in bonis ſuccedens ceteris aequalem ſatisfactionem praeſtare debet, non adeſt vera primogenitura. n. 20.

Extincta linea ceterarum linearum quod attinet ad ius ſuccedendi aequale eſt ius, ordo ſuccedendi vero ſecundum proximitatem gradus determinatur. n. 21. 22.

Deciſio quaeſtionis. n. 23.

Rechtsgutachten.

Johann von B. hat in Curland, Liefland, und im Lüneburgiſchen, viele Lehne und Stammgüter beſeſſen, die derſelbe theils nach Erbgangsrecht, theils auf andere Art erworben, und jederzeit als Sammt- und Stammgüter angenommen, anerkannt, und gebraucht hat. 1

Im Jahr 1608 hat derſelbe zu E. in Curland mit ſeinen vier Söhnen, namentlich 1) Werner — 2) Dieterich — 3) Johann — 4) Friedrich — einen Familien-Vertrag errichtet und darin feſtgeſetzt, daß die von ihm bisher beſeſſenen Güter, auch für die Zukunft Sammt- und Stammgüter verbleiben, und in dieſer Qualität, mit Ausſchließung der Töchter, auf den Mannsſtamm kommen, und vererbt werden ſollten.

In Anſehung der künftigen Succeſſion iſt in beſagtem Vertrage unter andern verordnet:

> Daß wenn eine Linie ganz ausgehen würde jederzeit die Güter der ausgegangenen Linie, auf die andere Linie fallen, von ihr benutzt, und gebraucht werden ſollten.

Nach dem Tode des Johann von B. haben ſich deſſen vier Söhne dergeſtalt in die ſämmtlichen Güter getheilet daß zwey davon die Lüneburgiſchen und zwey die Cur- und Liefländiſchen Güter übernommen.

Als hierauf im Jahr 1667 Ulrich von B. der einzige Beſitzer der B—ſchen Güter in Cur- und Liefland geworden, hat derſelbe in eben beſagtem Jahre zu S. in Curland, ein Teſtament errichtet worin die bereits vorhandenen Familien-Verträge nochmahls beſtätigt, und die Sammt- und Stammgüter unter die 5 Söhne ſo vertheilt ſind, daß

der erſte und älteſte Sohn, Hermann Friedrich, das Gut E.
der zweyte, Johann Dietrich, das Gut S.
der dritte, Ulrich, das Gut L.
der vierte Sohn, Werner, das Gut P. bekommen, — und
der fünfte und jüngſte Sohn, Johann, mit Geld abgefunden worden:

In Anſehung einer künftigen Erbfolge, iſt in beſagtem Teſtamente verordnet.

> Künftige Erb- und Sterbfälle belangend, darüber disponire ich folgender Geſtalt: Würde einer meiner Söhne, denen ich zu ihrem Anpart Güter verordnet, entweder vor mir, oder nach mir ohne männliche Leibes-Erben verſterben, ſo ſoll der nächſte nach ihm, in ſeine, und alſo die folgenden immer in des andern Stelle treten, damit die übrigen alle liegende Güter mit gleicher Condition, wie oben ausgedruckt, haben und bekommen mögen. —

Nachdem hierauf, ungefähr ein Jahr nach errichtetem Teſtamente, der 3te Sohn und resp. Bruder, Ulrich, ohne Erben verſtorben, hat der jüngſte, Johann, das Stammgut L. erhalten, was bisher der verſtorbene Bruder Ulrich nach dem väterlichen Teſtament beſeſſen. Dieſe vier Brüder haben nun den B—ſchen Stamm in Cur- und Liefland bisher fortgepflanzt, und hat in jeder Linie, immer der Aelteſte unter den Söhnen das Stammgut erhalten.

Da nun jetzt die zweyte Linie, nämlich das Haus S. auf dem Fall ſtehet, ganz auszugehen, indem der jetzige Beſitzer Ulrich Georg, ohne eheliche Leibes-Erben lebt; ſo entſteht die

Fra-

Frage:

Wer ſowohl nach dem Sinn des Familien-Vertrags, als auch des Teſta- 2
ments, auf den Fall, daß Ulrich Georg von B. zu S., ohne Leibes-Erben
verſterben ſollte, der rechtmäßige Succeſſor in den Gütern der ausgegangenen
S. Linie ſey? — und ob ſelbige auf eine Linie allein, oder auf alle Linien zu-
gleich, oder endlich auf den oder die nächſten Agnaten fallen?

Ob nun wohl, ſo viel dieſe Frage betrifft, die Geſchlechts-Verordnungen die 3
ſicherſten und vorzüglichſten Normen bey der Succeſſion in den Sammt- und Stamm-
gütern ausmachen, und bey dem in Frage ſtehenden Succeſſionsfalle, wo der Mann-
ſtamm einer ganzen Linie unter den vier Linien, in welche das Geſchlecht der von B. ab-
getheilet iſt, auf dem Fall zu erlöſchen ſtehet, nach den angeführten Geſchlechts-Ord-
nungen ſich behaupten zu laſſen ſcheinet, daß die künftige Succeſſion in den Gütern
dieſer Linie nicht nach der Nähe der Grade der Blutsfreundſchaft, ſondern nach dem
Vorzug der Linie zu beſtimmen ſey, da

1) in dem von Johann von B. mit ſeinen vier Söhnen im Jahr 1608 eingegan-
genen Geſchlechts-Vertrage verſehen iſt, daß eines jeden von ſeinen Söhnen nachge-
laſſene eheliche Manns-Erben und deren Manns-Leibeserben in abſteigender Linie ſo
lange dieſelbe währet, in allen deſſen Gütern ſuccediren, und da dieſelbe Linie ganz
ausgeſtorben ſeyn ſollte,

> alsdann auf die andere Linie gleich kommen und fallen ſolle; und in allen ſol-
> chen Fällen der verſtorbenen nächſte eheliche Manns-Erben von B. des verſtor-
> benen Theil an ſolchen Gütern ſie ſeyen Lehn oder Erbe annehmen, beſitzen,
> nutzen und gebrauchen ſolle,

in welcher Verordnung zuvörderſt die von jedem der 4 Söhne abſtammenden männli- 4
chen Leibes-Erben als eine beſondere Linie angeſehen worden, und dem Mannſtamme
in derſelben ſo lange eine jede währet, das ausſchliesliche Recht der Succeſſion beyge-
legt worden, wozu dann noch die Obſervanz des Geſchlechts gekommen nach welcher
immer der älteſte in der Linie das Stammgut erhalten, demnächſt in der Auslegung
der auf den Ausgang einer Linie gemachten Verordnung der Abſicht derſelben und der
gedachten Obſervanz gemäß zu ſeyn ſcheinet, daß durch die andere Linie auf welche die
Güter kommen ſollten, die nach der Ordnung der Geburt der vier Söhne nächſte Linie,
und in derſelben der nächſte oder älteſte männliche Erbe angedeutet worden ſey, wie 5
denn bey der Linealfolge in Stammgütern wenn dabey das Recht der Erſtgeburt in dem
Geſchlechte eingeführet iſt, nach Ausgang einer Linie der älteſten Linie unter den übri-
gen der Vorzug in der Succeſſion beygelegt, und darin dem Nächſten nach dem Vor-
recht der Geburt die Succeſſion zu Theil wird, wie von den Rechtslehrern, welche
die Linealfolge nach dem Recht der Erſtgeburt abgehandelt und von

Moſer in Familien-Staatsrecht Theil I. Cap. 2. S. 25.

angeführet ſind, hinlänglich dargethan iſt,

Die-

6 Dieſe Art der Succeſſion auch 2) durch das Teſtament des Ulrichs von B. vom Jahr 1669 unterſtützet werden möchte, worin der Teſtator unter ſeinen vier Söhnen mit Beſtätigung der alten Geſchlechts-Verträge, ebenfalls verordnet

daß wenn einer ſeiner Söhne denen er zu ihrem Anpart Güter angewieſen, entweder vor ihm oder nach ihm ohne männliche Leibes-Erben verſterben ſollte, ſo dann der Nächſte nach ihm und alſo die folgenden immer einer in des andern Stelle treten, damit die übrigen alle liegende Güter unter gleicher Bedingung, wie oben ausgedruckt, haben und bekommen mögten,

dieſe Worte aber nach dem Sinn des erſtern Stamm-Vertrags ſo viel anzeigen mögten daß wenn eine Linie ausgehen würde, ſodann die Güter der ausgegangenen Linie auf die andere nächſte Linie fallen ſollten;

7 Und dann hievon 3) die Anwendung ſich auf vorliegenden Fall dergeſtalt machen zu laſſen ſcheinet, daß mit dem Ausgange der Linie zu S. die in derſelben geſtandenen Güter auf die älteſte Linie zu E. und in derſelben auf die von dem älteſten Sohn in derſelben abſtammenden beyden Brüder Hermann Friedrich und Georg Werner fallen müßten;

8 Wenigſtens aber 4) bey dem Ausgange gedachter Linie, beſonders in Betracht deſſen, daß die Succeſſion in Stamm- und Lehngüter vermöge des Stamm-Vertrags von 1608 nach einerley Gründen zu beurtheilen seyn dürfte, dafür gehalten werden mögte, daß nunmehr eine gleiche Succeſſion nach den Stämmen ſtatt habe, vermöge welcher die drey übrigen Linien nach gleichem Rechte ſuccediren, und der in jede Linie fallende Antheil der Güter der ausgehenden Linie hinwiederum auf die nächſten Agnaten in jeder Linie fallen würde, indem die Succeſſion nach den Stämmen bey dem Ausgang einer Linie a) von verſchiedenen Rechtslehrern aus den Lehnrechten behauptet wird, weil

II. F. 50. in f.

verſehen iſt, quod omnibus ex iſta linea deficientibus, omnes aliaè lineae aequaliter vocentur und b) dieſe Art der Succeſſion nach Stämmen den in Gemeinſchaft des ganzen Geſchlechts ſtehenden Stamm- und Geſchlechts-Gütern angemeſſen ſey, wie ſolches

Preuſchen in der rechtlichen Ausführung, daß die Lehnsfolge der Seitenverwandten in theilbaren Lehen nach den Stämmen, und nicht nach nähern Graden zu beurtheilen ſey (Frankfurth 1751. Fol.)

und

Joh. Steph. Pütter in den Rechtsfällen 1. Theil reſp. 7.

dargethan hat:

9 D. a. u. d. A) die Geſchlechts-Verordnung wenn ſie ihrem Inhalte nach genau erwogen wird, vornehmlich die Succeſſions-Ordnung unter den mit Gütern abgetheilten Söhnen und deren männlichen Leibes-Erben, welche die abſteigende Linie eines jeden ausmachen, dahin beſtimmet, daß ſo lange jede Linie währet, die Succeſſion in den ihr zugetheilten Gütern ausſchlieslich bey derſelben verbleiben ſolle, dieſe Art der Li-

Linealfolge auch der Art und Eigenſchaft der Sammt- und Stammgüter angemeſſen
iſt, indem die Theilung der Güter unter den Söhnen den Erwerbungs-Grund enthält,
durch welchen jeder Stamm-Erbe die zugetheilten Güter für ſich und ſeine männliche
Deſcendenz oder Linie vorzüglich erworben, wenn gleich nichts deſto weniger ſolche Gü-
ter unter dem Sammt- oder gemeinſchaftlichen Recht des Geſchlechts in Rückſicht der
künftigen Succeſſion verblieben,

Dahergegen, ſo viel 2) den in Frage ſtehenden Ausgang einer Linie des Ge- 10
ſchlechts betrifft, deſſen in dem Stamm-Vertrage vom Jahr 1608 unter Bemerkung
zweyer verſchiedener Fälle gedacht iſt, nämlich a) wenn einer von des Johann von B.
vier Söhnen keine eheliche männliche Erben hinterlaſſen, oder b) die hinterlaſſenen
fürters ohne Manns-Leibeserben über kurz oder lang verſterben würden, und für dieſe
beyde im ganzen ſich gleiche Fälle folgende Verordnung gemacht worden:

> Alsdann und ſo oft ſich der Fall begäbe und zutrüge, ſo ſoll jedesmahl unſer und jetzo gemeldeter unſerer Mann-Leibeserben Antheil an unſeren und unſerer Manns-Erben Häuſern und Gütern ſammt darüber ſagenden brieflichen Urkunden auf des a) ohne ehelichen Manns-Erben verſtorbenen Bruder, oder b) nächſte Agnaten oder Schwerdmagen und derſelben eheliche Manns-Erben abſteigender Linie, ſo lange wie dieſelbe Linie währet, oder da dieſelbe Linie gar ausgeſtorben, alsdann auf die andere Linie gleich kommen und fallen, und in allen ſolchen Fällen ſoll der verſtorbenen nächſter ehelicher Manns-Erbe von B. des verſtorbenen Theil an ſolchen Gütern, ſie ſeyen Lehen oder Erbe annehmen, beſitzen, und gebrauchen.

und dann dieſe Verordnung die zwey vorbemerkten Fälle betrifft, und in deren erſtern,
wenn nemlich a) einer von des Johann von B. vier Söhnen ohne Manns-Erben ver- 11
ſterben würde feſtſetzt, daß deſſen Bruder den Antheil deſſelben an Häuſern und Gü-
tern bekommen ſolle, wobey zwar der Ausdruck deshalb einigen Anſtand erregt weil ſol-
cher unbeſtimmt iſt und der Brüder des verſtorbenen noch drey hätten am Leben ſeyn
können; indeſſen dieſer Anſtand dadurch ſich erledigt, weil eben dieſer unbeſtimmte
Ausdruck ergibt, daß dabey nur auf die Eigenſchaft des Bruders, nach welcher er
nächſter Manns-Erbe iſt in der Abſicht, um die Söhne eines etwa ſchon verſtorbenen
Bruders, als weitere Erben, auszuſchlieſſen, Rückſicht genommen, nicht aber die
Perſon des Bruders ſelbſt bezeichnet iſt, und daher zwey oder mehrere noch lebende
Brüder ein gleiches Recht gehabt haben würden, und dabey wahrſcheinlich auf das
alte Sachſenrecht Rückſicht genommen worden welches in Liefland ſchon ſeit dem 13ten
Jahrhundert angenommen worden,

> *Io. Dan. Gruber* in Originibus Liuoniae p. 46. et p. 91.

und nach welchem ein Bruder des verſtorbenen Bruders Söhne in der Erbfolge aus-
ſchließt, hingegen in Anſehung des zweyten ſub b) vorbemerkten Fals da die männ- 12
lichen Leibes-Erben eines Sohnes über kurz oder lang ausgehen würden, die nächſten
Agnaten oder Schwerdmagen zur Succeſſion berufen worden, wie denn dieſe Verord-

nung in dem Stamm-Vertrag von 1608 unter Erwähnung beyder Fälle kurz wiederholet, und unter gleichen Ausdrücken geordnet worden, daß die Güter ſodann

auf ſeine, des verſtorbenen, Bruder oder nächſte Agnaten kommen und fallen ſollen,

13 Gleichwohl 3) da nach dieſer Verordnung des Stamm-Vertrags die Güter nach Ausgang einer Linie auf den nächſten Agnaten fallen ſollen, dadurch der Succeſſion nach gemeinen Rechten ſtatt gegeben worden nach welchen die Erbfolge beym Ausgang einer Linie unter den von einem Stammvater abſtammenden Agnaten nach der Nähe der Grade beſtimmt wird, ſolches auch der Natur und Eigenſchaft der nur unter den Söhnen und in den von denſelben abſtammenden Linien, geordneten Linealfolge ganz gemäß iſt, indem deren Grund in dem durch die Theilung der Güter für jeden Sohn und für deſſen männliche Deſcendenz erworbenen Rechte enthalten iſt, dieſer Grund aber bey dem Ausgange der Linie aufhöret und dann die in den übrigen Linien befindlichen Seitenverwandten als Agnaten des in der ausgeſtorbenen Linie geſtandenen letzten Beſitzers zu betrachten ſind, unter welchen nach gemeinen Rechten die Succeſſions-Ordnung dahin beſtimmt iſt, daß der Agnat welcher mit dem Letztverſtorbenen aus der ausgegangenen Linie in dem nächſten Grade der Blutsfreundſchaft ſteht, das Vorrecht in der Succeſſion nach der

Nov. 118. c. 3.

erlanget, welches in dem Stamm-Vertrage von 1608 durch die Worte, des nächſten Agnaten, auch deutlich genug ausgedruckt iſt,

14 Hiemit ferner 4) der in dem vorangeführten Stamm-Vertrage enthaltene Zuſatz, wie ſolcher in dem erſten Zweifels-Grunde enthalten iſt, in genauer Verbindung ſtehet, daß nemlich wenn die Succeſſion angeführtermaßen auf den Bruder oder nächſten Agnaten fallen ſollte, ſolche hinwiederum auf deren eheliche Manns-Erben abſteigender Linie, ſo lange dieſe währet, gehen, oder da auch dieſelbe, nemlich die neue Linie, gar ausgeſtorben, alsdann auf die andere Linie gleich kommen und fallen, und in allen ſolchen Fällen der verſtorbenen nächſter ehelicher Manns-Erbe von B. des verſtorbenen Theil an ſolchen Gütern erhalten ſolle, von welchen letzten Worten der unbeſtimmte Ausdruck auf die andere Linie fallen, nicht eine gewiſſe Linie vorzüglich bezeichnet, die darauf folgenden Worte hingegen feſtſetzen, daß in allen Fällen der nächſte Manns-Erbe, in welcher anderen Linie er auch ſtehe, den Güter-Antheil des Verſtorbenen bekommen ſolle,

15 Soviel demnächſt B) das Teſtament Ulrichs von B. vom 16ten May 1667 betrifft, in welchem derſelbe ſeinen vier Söhnen gewiſſe Güter zu ihrem Erbantheil ausgeſetzet, und den 5ten Sohn Johann von B. mit Geld abgefunden hat, 1) die daraus angeführte Diſpoſition eine wahre, unter ſeinen Söhnen geordnete theils directe theils fideicommiſſariſche Subſtitution enthält, wovon die Worte:

würde einer meiner Söhne denen ich, zu ihrem Anpart, Güter verordnet, entweder vor mir, (welches die ſubſtitutionem directam ausmacht,) oder nach mir,

mir, (welches die fideicommiſſariam bezeichnet) ohne männliche Leibes-Erben verſterben

den Subſtitutions-Fall bezeichnen, und die folgenden Worte

ſo ſoll der nächſte nach ihm in ſeine, und alſo die folgenden immer einer in des andern Stelle treten,

die Subſtitution unter den Söhnen ausdrücken, wie denn auch nachdem der Subſtitutions-Fall bey dem ohne Manns-Erben verſtorbenen dritten Sohn Ulrich von B. exiſtirt, der jüngſte mit Gütern noch nicht bedachte Sohn, Johann von B. an deſſen Stelle getreten;

immittelſt 2) dieſe unter den Söhnen des Teſtirers geordnete Subſtitution, nachdem ſie männliche Leibes-Erben hinterlaſſen, erloſchen 16

L. 5. C. de impub. et aliis ſubſtitut.

gleichwohl 3) die Rechte nicht verſtatten, daß eine Subſtitution auf einen andern, als in dem Teſtament, verordneten Subſtitutions-Fall ausgedehnet werden kann, und daher von der in dieſem Teſtamente unter den Söhnen geordneten Subſtitution, welche durch die von jedem Sohne nachgelaſſenen männlichen Erben ſchon alle Kraft verlohren, ſich überall keine Anwendung auf den Ausgang der von ſolchen Söhnen erwachſenen Linien machen läßt,

Daraus aber C) die aus beyden Verordnungen angeführte Zweifels-Gründe ſich 17
erledigen, wohlerwogen die Linealfolge, welche durch Vertheilung der Güter unter mehrere Söhne und deren männliche Erben entſteht und geordnet wird, theils nach den Gründen, auf welchen ſie beruhet, theils nach wörtlicher Verordnung des Stamm-Vertrags nur ſo lange dauern ſollen als die von jedem Sohn abſtammende Linie geblühet,

Mithin 2) ſolche bey dem Ausgange der Linie eines Geſchlechts aufhöret, und 18
daher bey der nunmehr auf Seitenverwandte fallenden Succeſſion die gemeinen Rechte, ſo lange der Stifter und Stammherr nicht ein anderes verordnet, eintreten, wovon gleichwohl in den vorliegenden Verordnungen nichts zu erſehen, vielmehr in dem Stamm-Vertrage von 1608 in ſolchem Fall die nächſten Agnaten zur Succeſſion ausdrücklich berufen ſind,

Demnächſt 3) eine ſolche in den einzelnen Linien des Geſchlechts geordnete Lineal- 19
folge, von der für ein ganzes Geſchlecht eingeführten Linealfolge weſentlich unterſchieden iſt, indem ſelbige zwar wohl bey einer nach dem Rechte der Erſtgeburt in einem Geſchlecht eingeführten Succeſſions-Ordnung vorkommt, da vermöge dieſer die Erb- oder Lehnfolge nach Ausgang der Linie des Erſtgebohrnen auf die Linien der Nachgebohrnen nach der Ordnung der Geburt fällt, davon aber auf die Succeſſion in die unter mehrern Brüdern getheilten Güter, und auf die Succeſſion mehrer von verſchiedenen Söhnen abſtammenden Linien unter einander ſich keine Anwendung machen läßt,

20 und wenn auch gleich 4) in den einzelen Linien des Geſchlechts der von B. der Erſtgebohrne ein herkommliches Vorzugsrecht bey der Succeſſion in das Stammgut genoſſen hätte, dennoch die übrigen Brüder gleiche Succeſſionsrechte gehabt, und ſonſt mit Gütern oder Geld abgefunden worden, welche Art einer unter mehrern zur Succeſſion berechtigten Erbfolgern zu treffenden Vertheilung von der Primogenitur-Folge, welche einen einzigen, als Nachfolger in das ganze Vermögen zum Gegenſtande hat, gänzlich unterſchieden iſt, überdem jenes Vorrecht des Erſtgebohrnen nur die Succeſſion in jeder Linie betrifft, welche ſo lange ſie geſtanden auf einer eigenen innern Verfaſſung derſelben beruhet;

21 Endlich 5) bey Lehngütern die Linealfolge auf eben dem Grunde beruhet auf welchen ſie in dem Stamm-Vertrag geſezt iſt, indem derjenige Lehnfolger auf den ein Lehn durch Theilung oder unter ſonſtiger Abfindung der übrigen Lehn-Erben fällt daſſelbe kraft der Theilung und der darauf erfolgten Belehnung, für ſich und ſeine Mannlehnserben mithin für ſeine Linie erwirbt, dann aber bey dem Ausgange dieſer Linie keine der übrigen von den abgefundenen Brüdern herrührenden Linien ſo viel das Succeſſionsrecht betrifft, ein Vorrecht für ſich anführen kann, und es daher in dem Lehntexte

II. F. 50. in f.

heißt: ſed omnibus ex hac linea deficientibus, omnes aliae lineae, (quoad ius ſuccedendi) aequaliter vocantur; ſo viel aber die Succeſſions-Ordnung unter mehrern in dieſen Linien ſtehenden Agnaten betrifft, dieſe nach der Nähe der Grade beſtimmt wird und der nächſte Agnat aus dieſen Linien zur Lehnsfolge für berufen zu halten; ad agnatum enim proximiorem feudum pertinet, ſi paternum fuerit: eodem prorſus obſervando, quantum ad ordinem gradus (ſcilicet conſanguinitatis) qui continetur in legibus, h. e. in legibus ciuilibus

II. F. 37.

und mit dieſer auf der Nähe der Grade beruhenden, und den nächſten Agnaten zugeeigneten Lehnfolge die oben angeführte Meinung einiger Rechtslehrer nicht beſtehen kann, welche eine Lehnsfolge nach Stämmen oder Linien, dergleichen doch weder in den gemeinen Rechten noch auch in den Lehnrechten verfügt iſt, zu behaupten ſuchen wie von

Struuius in ſynt. iur. feud. cap. 9. aph. 7.
Stryk de ſucc. ab inteſtato diſſ. 3. c. 2. §. 11.
Hart. Piſtor in quaeſt. iur. lib. 3. qu. 23.
Pufendorf in obſ. iur. tom. III. obſ. 136.
Cramer tom. V. opuſc. p. 273.

ausgeführet iſt, dannenhero auch aus dem alten Stamm-Vertrag von 1608 eine Erbfolge nach Stämmen ſich nicht herleiten läßt:

22 Solchem allem nach D) bey dem bevorſtehenden Ausgange der zweyten B—ſchen Linie zu S. es darauf ankommt, wer bey dem Abſterben des lezten Beſizers deſſelben

näch-

nächſter Agnat in den noch übrigen Linien ſeyn werde, und dann in dieſer Hinſicht nach der Berechnung der Grade ſich ergibt, daß der in der vierten Linie von Werner von B. abſtammende Enkel Diederich Chriſtoph Ernſt, und der aus der Linie des Johann von B. abſtammende Enkel Diederich Johann in dem ſiebenden Grad der Blutsfreundſchaft mit dem letzten in der zweyten Linie Ulrichs Georgs von B. ſtehen und beyde als gleiche nahe Agnaten, das vorzügliche Recht zur künftigen Succeſſion haben, wenn ſie den Todesfall erleben, und den aus der erſten Linie abſtammenden und mit dem letzten Beſitzer im 8ten Grad verwandten Urenkeln des Hermann Friedrich von B. vorgehen:

Als bin ich allen vorangeführten Gründen nach in Anſehung der mir vorgelegten 23
Frage der rechtlichen Meinung,

daß ſowohl nach der Verordnung und nach dem Sinn des Familien-Vertrags von 1608 welcher durch das Teſtament vom Jahr 1667 von neuem beſtätiget worden als auch nach den Gründen der gemeinen Rechte auf den Fall daß Ulrich Georg von B. zu S. ohne männliche Leibes-Erben verſterben ſollte, die beyden in den von Werner und von Johann von B. abſtammenden und in dem nächſten und in gleichem Grade ſtehenden Agnaten Diederich Chriſtoph Ernſt, und Diederich Johann von B. für die rechtmäßigen Succeſſoren und Beſitzer der Güter der auf den Ausgang ſtehenden S—ſchen Linie zu halten. 1793.

Num. 110.

RESPONSVM.

THEMA GENERALE.

De ordine ſuccedendi inter agnatos ex ſola proximitate gradus definiendo.

ARGVMENTA SPECIALIA.

Species facti. n. 1.
Quaeſtio propoſita. n. 2.

Rationes dubitandi.

Linea in qua feudum eſt, extincta, omnes lineae aequaliter ſuccedunt. n. 3.
Succeditur itaque ſecundum lineas non ſecundum gradus. n. 4.
Simultanea inueſtitura aequale ius ſuccedendi tribuit. n. 5.

Rationes decidendi.

Ordo ſuccedendi in ſucceſſione feudali per proximitatem gradus determinatur. n. 6.
Extincta itaque linea in qua feudum eſt gradu proximior ſuccedit. n. 7.
Nec linearum praerogatiua locum habet. n. 8.
Proximiores in capita ſuccedunt. n. 9.
Per proximitatem ab vltimo defuncto ordo ſuccedendi determinatur. n. 10. 16.
Simultaneae inueſtiturae, quoad ordinem ſuccedendi, ſecundum ius commune nulla ratio habetur. n. 11.
Iure communi inter agnatos ſucceſſio in ſtirpes ſeu lineas locum non habet. n. 12.
Quaeſtionis deciſio. n. 13.

Rechtsgutachten.

1 Als uns eine Geſchichts-Erzählung nebſt einigen Fragen zugeſchickt und wir darüber unſere rechtliche Meinung zu ertheilen gebeten worden, demnach erkennen wir für Recht:

Iſt das Geſchlecht von A. in drey von den Söhnen des Stifters derſelben Johann von A. abſtammende Hauptlinien dermaßen abgetheilt, daß von dem Sohn Johann die Linie A. von dem Sohn R. die zwey Special-Linien B. und C. welche leztere jedoch bereits erloſchen iſt, und von dem dritten Sohne W. die zwey Special-Linien D. und E. abſtammen.

Gedachtes Geſchlecht trägt von der Probſtey des Domſtifts Cölln das Gut G. und das Amt L. als ein corpus bonorum zu Lehn, und iſt damit nach Inhalt der Lehnbriefe jederzeit der Senior der Familie ſowohl in ſeinem Nahmen als im Nahmen ſämmtlicher Geſchlechts-Vettern belehnt worden.

Iſt

Iſt nun der letzte Lehnsbeſitzer und ſenior familiae Franz von A. aus der Linie A. ohne Hinterlaſſung männlicher Leibes-Erben verſtorben,

Da jedoch 1) aus der Linie B. Joſeph Clemens 2) aus der Linie D. und E. Benedict und Wilhelm annoch am Leben ſind und die beyden erſten um einen Grad weiter in der Verwandſchaft mit dem verſtorbenen Franz zurück ſtehen als der letzte Wilhelm ſo entſpringen daher folgende Fragen:

Erſte Frage:

Ob ex iure ſimultaneae inueſtiturae alle noch lebende Vaſallen, obgleich einer davon nemlich Wilhelm dem erſten Erwerber und dem letzten Beſitzer um einen Grad näher iſt, nach den Lehnrechten dem verſtorbenen Franz von A. ſuccediren, oder welcher der eigentliche Lehnfolger ſey? 2

Ob nun wohl bey gegenwärtiger Frage der Fall eintritt, daß die Linie des letzten Lehnsbeſitzers Franz von A. in welcher die Lehngüter bisher geſtanden durch deſſen unbeerbtes Abſterben ausgegangen iſt und hiebey ein völlig gleiches Lehnsfolge-Recht der ſämmtlichen Geſchlechts-Vettern nach den Stämmen oder Linien daher behauptet werden möchte, weil die Lehnrechte nach Abgang der Hauptlinie, in welcher das Lehn geſtanden, keiner Linie den Vorzug geben, vielmehr verordnen, quod omnibus ex linea ex qua defunctus vaſallus fuit, deficientibus, omnes aliae lineae aequaliter ad ſucceſſionem vocentur 3

II. F. 50.

und dann 2) aus dem Ausdruck des gedachten Lehntextes nach welchem alle Linien aequaliter zur Lehnsfolge berufen ſind, die Meinung einiger Rechtslehrer einen Anſchein gewinnen dürfte daß nach Abgang einer Linie in welcher ein Lehn geſtanden, eine jede von den übrigen Linien des Geſchlechts einen gleichen Antheil an der Lehnsfolge habe, mithin die Succeſſion nach den Stämmen, und nicht nach der Nähe der Grade zu beſtimmen ſey 4

Hottomannus in comment. ad libr. feud. p. 30.
Eyben elect. iur. feud. c. 7. n. 11.
Preuſchen Abhandlung daß die Lehnsfolge der Seitenverwandten nach den Stämmen und nicht nach dem nähern Grad zu beurtheilen ſey.

nach ſolcher Meinung alſo die qu. Lehne halb an den Joſeph Clemens aus der Linie B. und halb an Wilhelm und an Benedict aus der Linie C. und D. fallen würden,

Hiernächſt wenn 3) bey Beurtheilung der Lehnsfolge die Mitbelehnſchaft, in welcher alle Geſchlechts-Vettern geſtanden, in Betracht zu nehmen wäre, daraus die Folge, daß nicht auf die Nähe der Grade, ſondern auf ein aus der Mitbelehnſchaft erwachſendes gleiches Recht zu ſehen ſey gezogen, mithin behauptet werden möchte, daß alle in beyden Hauptlinien befindliche Geſchlechts-Vettern ein gleiches Recht zur Lehnsfolge haben, mithin obbenannte am Leben ſeyende drey Vettern zu gleichen Theilen in dem qu. Lehne ſuccediren könnten; 5

6 D. a. u. d. 1) der ordo ſuccedendi unter den Agnaten nach der Nähe der Grade in den Lehnrechten überhaupt beſtimmt und dabey auf die Analogie der Römiſchen Rechte Rückſicht genommen und deshalb ausdrücklich verordnet worden: ad agnatum proximiorem feudum pertinebit, eodem prorſus obſeruando, quantum ad ordinem gradus, qui continetur in legibus

II. Feud. 37.

7 und wie 2) die Lehnfolge in einer Linie nach dieſen Grundſätzen dermaßen beurtheilt wird, daß zwar das Lehn vorzüglich bey der Deſcendenz in der Linie, in welche es einmahl gekommen iſt, verbleibt, jedoch ſolches darin jedesmahl dem nächſten Agnaten anfällt, proximiores enim in eadem linea ad ſucceſſionem vocati eſſe cenſentur,

II. F. 50.

ſo hinwiderum nach Ausgang der Linie der ordo ſuccedendi unter ſämmtlichen Geſchlechts-Vettern in den übrigen Linien bloß nach der Nähe der Grade als dem in den Lehnrechten angenommenen Grundſatze beſtimmt wird, und dabey hingegen kein Vorzug einer Linie deshalb in Betracht kommen kann weil das Recht zur Lehnfolge in jeder Linie durch die inueſtituram primi acquirentis auf gleiche Art begründet wird,

8 Und dahin 3) der Sinn und Verſtand der Lehns-Verordnung

II. F. 50.

gerichtet iſt, wenn es daſelbſt heißt quod omnibus ex prima linea deficientibus, omnes aliae lineae aequaliter vocentur, indem dadurch nur ſo viel angedeutet wird, daß obgleich ein Lehn in der Linie, in welche es getreten, vorzüglich verbleibt, dennoch mit Ausgang ſolcher Linie kein weiterer Vorzug unter den übrigen Linien ſtatt finde, mithin unter den Agnaten, nulla habita linearum praerogatiua bloß allein auf proximitatem graduum, als auf das bey der Feſtſetzung der Ordnung der Lehnfolge angenommene Princip es ankomme; quamquam enim

II. F. 50.

dicatur, quod omnes aliae lineae vocentur aequaliter, iſtorum tamen verborum nullus alius eſt ſenſus quam quod differentia et proximitas linearum non amplius obſeruetur ſed omnes lineae aliae aequaliter ſeu pariter vocentur, et ſine praerogatiua admittantur: non vero hoc extendendum ad proximitatem gradus, quippe cum ibi ſolum de linea non de gradus proximitate agatur, quam gradus proximitatem obſeruandam eſſe alibi indiſtincte traditur

II. F. 37.
Struv ſynt. iur. feud. cap. 9. aph. 6. n. 7.

9 Und dann 4) dieſe Grundſätze mit ſich bringen daß unter den, in verſchiedenen Linien vorhandenen Geſchlechts-Vettern der nähere den entfernteren ausſchließt, oder wo mehrere von einerley Grad zuſammentreffen, ſolche ſämmtlich in capita erben, wie ſolches die bewährteſten Lehrer des Lehnsrechts auch nach dem Gerichtsgebrauch behaupten

Lud.

Lud. Schrader in tr. feud. P. 7. c. 1. n. 6. p. 204.
Henr. a Roſenthal de feud. cap. 7. concl. 57. n. 5.
Hart. Piſtor quaeſt. iur. lib. 3. qu. 23. n. 1. 3.
Schilter natura ſucc. feud. c. 3.
Senkenberg in primis lineis iur. feud. P. 2. c. 11. §. 316.

Dieſes alles aber 5) in dem gegenwärtigen Falle ſeine Anwendung dahin erlangt, 10
daß da Franz von A. in deſſen Linie die qu. Lehne geſtanden, ohne Lehns-Erben verſtorben, keine von den übrigen Linien des Geſchlechts bey der Lehnsfolge einen Vorzug für ſich hat ſondern dieſe unter den Geſchlechts-Vettern aller Linien bloß nach der Nähe der Grade zu beſtimmen iſt, und deshalb Wilhelm von A. da er dem letztverſtorbenen einen Grad näher als Benedict und Joſeph Clemens verwandt iſt, zur Lehnsfolge allein für berechtigt zu halten, eſt enim in feudis inconcuſſa ſententia, in feudis vltimo poſſeſſori ſuccedi, eumque qui vltimo poſſeſſori linea extincta proximior eſt, reliquis remotioribus anteferri

Klock vol. IV. conſ. 6. n. 107.
Cothmann vol. III. conſ. 35. n. 19. et vol. IV. reſp. 19. n. 52.

In mehrerem Betrachte daß 6) die Mitbelehnſchaft in welcher ſämmtliche Agna- 11
ten durch die von dem älteſten der Familie in ihrem Nahmen jedesmahl erhaltene Belehnung geſtanden, den gemeinen Rechten nach auf Beſtimmung des ordinis ſuccedendi keinen Einfluß hat, allermaßen das von primo acquirente allen deſſen Deſcendenten und jetzigen Stamm-Vettern erworbene ius ſuccedendi durch die Mitbelehnſchaft und deren fortgeſetzte Erneuerung erhalten, und dieſe daher das ius ſuccedendi aller Lehnsfolger begründet, hingegen ſo ſehr ius ſuccedendi et ordo ſuccedendi von einander unterſchieden ſind, ſo wenig auch der ordo ſuccedendi von der Mitbelehnſchaft abhängt, als welche ihrer Natur und Eigenſchaft nach, nur das ius ſuccedendi gibt und erhält, welches alle Mitbelehnte bey dem Leben des letzten Lehnsbeſitzers und deſſen Vorfahren gehabt, den ordinem ſuccedendi aber nicht betrifft, als welcher unter den mitbelehnten Stamm-Vettern in Ermangelung einer durch Verträge feſtgeſetzten Succeſſions-Ordnung bloß nach den gemeinen Lehnrechten iuxta proximitatem gradus zu beſtimmen iſt, ſimultanea inueſtitura enim agnatorum duntaxat ius ſibi inuicem ſuccedendi demonſtrat non vero ordinem ſuccedendi,

Schannat in clientela Fuld. P. II. c. 2. §. 7. p. 38.
Boehmer de ordine ſuccedendi ex iure primogen. inter coinueſtitos. C. 1. §. 6. 11.

ideoque ordo ſuccedendi iuris communis regulam facit inter coniueſtitos extra Saxoniam

Kortholt de ſimultanea inueſt. Haſſ. c. 2. §. 27. 32.
Ludewig de ſimult. inueſt. c. 3. §. 2.
Scheplitz in conſuetud. March. P. 3. tit. 3. §. 10.
Stryk de feud. Luſat. ſup. c. 3. §. 7.
Cramer in ſupplement. opuſcul. p. 324. 328. 362.

12 Woraus zugleich 7) die obangeführten Zweifel ſich erledigen, und weder nach gemeinen Lehnrechten ein ius ſuccedendi in ſtirpes ſeu lineas, noch auch aus der ſimultanea inueſtitura ein aequale ius omnium, als welches bloß auf Sächſiſchen Rechten beruht, hergeleitet werden kann, iure communi feudorum enim iſtiusmodi ius coniunctae manus, quod aequalitatem ſucceſſionis tribuat prorſus eſt incognitum,

Vulteius in Conſil. Marp. Vol. IV. conſ. 22. n. 12.
Fichardus Vol. II. conſ. 23. n. 4.

quin potius ius ſuccedendi per ſimultaneam inueſtituram datum, intelligendum eſt ſecundum ius agnationis ita vt ordo legibus iam praefixus ſeruetur

Cramer obſ. iur. vniv. Tom. II. obſ. 604.

13 Als ſind wir der rechtlichen Meinung,

daß bey dem durch unbeerbtes Abſterben des Franz von A. erfolgten Lehns-Anfalle die Succeſſion nach der Nähe der Grade worin die Lehns-Vettern mit dem letzten Lehnsbeſitzer ſtehen zu beurtheilen und dieſem zu Folge Wilhelm von A. als deſſen nächſtem Agnaten das Recht der Lehnfolge in den qu. Lehngütern allein zuſtehe, hingegen die übrigen entferntern Lehn-Vettern bey dieſem Lehnsfalle, aus dem iure ſimultaneae inueſtiturae ſich kein gemeinſchaftliches Succeſſions-Recht zueignen können. 1769.

Num. III.

Num. III.

DECISIO.

THEMA GENERALE.

Clericus in alieno territorio degens priuilegiis capituli cui ſubeſt circa condendum teſtamentum vti nequit.

Argvmenta specialia.

Sententia. n. 1.

Rationes dubitandi.

Teſtamentum clerici Moguntini ſubſiſtit modo de voluntate defuncti conſtet. n. 2.

Hereditas ad ſubſtitutum peruenit, ſi heres ſub conditione mutandi religionem inſtitutus, eam non implet. n. 3.

Rationes decidendi.

Clerici in cauſis ſecularibus imprimis realibus foro communi ſubſunt. n. 4.

Teſtamentum ſecundum iura loci vbi conditum eſt iudicandum. n. 5.

Clerici Moguntini itaque in alieno territorio degentes iuribus Moguntinis in condendo teſtamento vti nequeunt. n. 6.

Nullum eſt teſtamentum ob defectum ſolennium et heredis inſtitutionis. n. 7.

Conditio de mutanda religione pro non ſcripta habenda. n. 8.

Litis conteſtatio in primo termino fieri debet. n. 9.

Urtheil.

Auf erhobene Klage dagegen vorgeſchützte Einreden auch Ungehorſams-Beſchuldigung in Sachen D. J. und Eliſabeth, des P. H. Ehefrau zu M. Klägern an einem, wider die Katholiſche Kirche zu M. und Namens derſelben den zeitigen Paſtor und ſämmtliche Kirchen-Vorſteher, Beklagte am andern Theile, ſo uns in den deshalb ergangenen Acten zu Abfaſſung eines rechtlichen Erkenntniſſes zugefertigt worden erkennen wir für Recht:

Daß Beklagte des geſchehenen Einwendens unerachtet auf die erhobene Klage 1
ſich einzulaſſen ſchuldig, unter der Verwarnung daß widrigenfalls lis pro negatiue conteſtata anzunehmen, ſie mit ihren Schutzreden zu präcludiren und in der Hauptſache zu erkennen ſey; dieweil nun auch Beklagte nach Vorſchrift des jüngſten Reichs-Abſchiedes und zu Folge der geſchehenen Auflagen ſolches bisher nicht gethan, ſo ſind dieſelben die dadurch veranlaßten Koſten nach vorhergehender deren Liquidation und erfolgter Mäſſigung Klägern zu erſtatten verbunden:

Zweifels- und Entſcheidungs-Gründe.

2 Obwohl Beklagte auf die erhobene Klage ſich einzulaſſen deshalb nicht ſchuldig zu ſeyn vermeinen

Weil 1) das von dem Pfarrer J. unterm 12 Jan. 1735 vor einem Zeugen errichtete Teſtament nicht ſo wohl nach gemeinen Rechten, als vielmehr nach den Vorrechten des Erzſtift-Maynziſchen Clerus zu beurtheilen ſey, nach ſolchen aber zur Gültigkeit und zum Rechtsbeſtande einer letzten Willens-Verordnung die ungezweifelte Handſchrift des Teſtators für hinlänglich gehalten werde, und darnach daſſelbe in Anſehung ſeiner Formalität keinen Mangel habe,

3 und dann 2) der Teſtator in gedachter letzter Willens-Verordnung ſeinen Vater mit dem lebenslänglichen Genuß ſeines Vermögens, und nach deſſen Abſterben mit eben demſelben ſeinen Bruder und ſeine Schweſter, jedoch unter der Bedingung wenn ſie zuvörderſt die Katholiſche Religion annehmen würden bedacht, in deſſen Entſtehungs-Falle aber ſein ganzes Vermögen der Kirche zu M. hinterlaſſen habe,

Und wie 3) die obgedachte Bedingung die Annahme einer von den im Teutſchen Reiche öffentlich beliebten Religionen zum Gegenſtande gehabt, ſo auch bey deren Nichterfüllung nach dem im Jahr 1746 erfolgten Abſterben des Teſtators Vaters der beklagten Kirche das ganze Vermögen provisionaliter zu Theil werden müſſen,

Woneben auch 4) Beklagte darauf ſich beziehen, daß gedachtes Teſtament bereits von der Hochfürſtlichen Badenſchen Regierung in der Qualität eines gültigen Teſtaments anerkannt und die M. Kirche durch deren nachgeſetztes Amt Nauenburg in die geſammte Verlaſſenſchaft immitirt und darin geſchützt worden

Solchemnach 5) das nicht ſowohl auf Einlaſſung auf die erhobene Klage als vielmehr in der Hauptſache ſo fort zu erkennen geweſen ſey es das Anſehen gewinnen dürfte;

4 D. a. u. d. 1) Beklagte der Einlaſſung auf die Klage vor dem weltlichen Gerichte ſich zu weigern einen rechtlichen Grund nicht für ſich haben, da die angebrachte Erbſchafts-Klage eine bloß weltliche Sache betrifft, und in gemeinen Rechten gegründet iſt, quod quoties cardo cauſae tantum verſatur in quaeſtione dominii alteriusue iuris in bonis ab altero poſſeſſis competentis, toties cauſa ſecularis ſit, et ad forum ſeculare pertineat

Cramer obſ iur. Tom. IV. obſ. 1105.

daneben eine Real-Klage weil ſie contra poſſeſſorem qua talem angeſtellt wird, auch gegen Geiſtliche in foro ſeculari zu verhandeln, dieſes auch nach den in den Acten angeführten Gründen, daſelbſt auf ſo gewiſſer Obſervanz beruht, daß die quaeſtio fori in gegenwärtiger Sache durch die bereits ergangene Verfügung als gänzlich abgethan anzuſehen,

5 Sodann 2) die von Beklagten vorgeſchützte Exceptionen von der Beſchaffenheit nicht ſind, daß ſie von der Einlaſſung auf die Klage befreyen, inmaßen das von dem

Pa-

Paſtor J. zu M. errichtete Teſtament nach den im Erzſtift Maynz eingeführten Rechten nicht, ſondern nach den an dem Ort der Errichtung des Teſtaments geltenden gemeinen Rechten zu beurtheilen ſi enim lex vel obſeruantia teſtamento vel cuilibet actui formam praeſcribit iura loci vbi id conficitur attendenda ſunt

L. *6.* D. de euict.
Hertius de colliſ. leg. ſect. 4. §. 10.

leges enim vel obſeruantiae vim ſuam non extendunt in alienum territorium

Cramer obſ. iur. tom. II. obſ. 553.
Henr. Coccei de fundata in territ. poteſt. c. *6.* §. 1.

Folglich 3) wenn gleich der Paſtor und die Kirche zu M. unter der geiſtlichen Gerichtbarkeit des Erzſtifts Maynz ſtehen, dennoch daraus eine Folge auf die in weltlichen Rechts-Angelegenheiten den Geiſtlichen in dem Erzſtifte Maynz kraft der weltlichen Hoheit ertheilten beſonderen Rechte nicht gezogen, noch dieſen eine rechtliche Kraft in andern Reichslanden beygelegt werden kann, *6*

Gleichwohl 4) das in Frage ſtehende Teſtament, ſo weit es nicht die ad pias cauſas ausgeſetzten Vermächtniſſe betrifft, als welche auch ex teſtamento imperfecto gebühren, in Anſehung des Vaters und der Geſchwiſter des Teſtirers ſowohl wegen nicht beobachteter zum Rechtsbeſtand eines Teſtaments erforderlichen Förmlichkeiten als auch wegen mangelnder Erbes-Einſetzung, den gemeinen Rechten nach nicht beſtehen kann, hingegen des Teſtirers Vater alles nach Abſterben ſeines Sohns auf deſſen Verlaſſenſchaft ihm angefallene Recht ſeinen Kindern unterm 28ten Jun. 1743 cedirt und übertragen und dieſe ſowohl dadurch als durch das ihnen als des Teſtators Geſchwiſtern zugleich ab inteſtato zuſtehende Erbrecht zur Klage ſich legitimirt haben 7

Und dann 5) bey ſo bewandten Umſtänden und da das Teſtament für ſich nicht beſteht, ſchon deshalb die von dem Teſtirer ſeinen Geſchwiſtern vorgeſchriebene Bedingung zur Erlangung der ihnen ausgeſetzten Vortheile ihre Religion zu verändern vorjetzt noch in keine rechtliche Erörterung fällt, ſo wichtige Gründe ſonſt auch gegen den Beſtand einer ſolchen Bedingung von 8

Knipſchild de fid. fam. C. VI. n. 413.
Lauterbach in coll. th. pr. lib. 35. tit. 1. §. 2.
Reinharth in obſeruat. ad Chriſtine. deciſ. vol. IV. obſ. 24.

ausgeführt worden,

Demnächſt 6) Beklagte das Vorgeben daß das qu. Teſtament von Hochfürſtlicher Regierung bereits beſtätigt worden ſey, nicht einmahl beſcheinigt, noch weniger welcher maßen, und ob ſolches praeuia cauſae cognitione geſchehen ſey, beygebracht haben, dieſes aber eben ſo wenig als der bisher gehabte Beſitz der Erbſchaft die beklagte Kirche von der Verbindlichkeit auf den gemachten rechtlichen Anſpruch im Wege Rechtes ſich einzulaſſen, entledigt

9 Und wie nun 7) die Reichsgeſetze jedem Beklagten auf die Klage im erſten Termin ſich einzulaſſen auflegen

Rec. Imp. d. a. 1654. §. 37.

ſo auch ſolches durch verſchiedene ergangene Decrete auch zuletzt durch das Decret vom 29ten Jun. 1774 den Beklagten ſub praeiudicio aufgelegt, daſſelbe aber ohne dazu einigen Schein vor ſich zu haben, von ihnen nicht befolgt und dadurch die vom Kläger geſchehene Ungehorſams-Beſchuldigung begründet worden

Inmittelſt 8) auf ein Präjudicium ſo fort zu erkennen deshalb nicht unbillig Anſtand genommen, weil die beklagte Kirche durch die nachzuſuchende Wiedereinſetzung in den vorigen Stand bedeckt iſt, und daher Beklagten die Einlaſſung auf die Klage unter Androhung der Reichs-Satzungsmäßigen praeiudiciorum

Rec. Imp. cit. §. 36.
Ord. cam. P. III. tit. 43. §. 4.

nochmahls zuvörderſt aufzuerlegen, jedoch ſie in die Erſtattung der durch ſolchen Ungehorſam verurſachten Koſten zu vertheilen geweſen,

Als ſind wir wie im Urtheil geſchehen zu erkennen bewogen worden. 1775.

Num. 112.

RESPONSVM.

THEMA GENERALE.

De herede in vſufructu, tamquam in re certa inſtituto, deficientibus coheredibus totam hereditatem capiente.

Argvmenta specialia.

Species facti. n. 1.
Quaeſtio prima et ſecunda. n. 2.

Rationes dubitandi.

Vſusfructus ad dies vitae reſtrictus eſt. n. 3.
Vſufructu alicui relicto, heres in proprietate neceſſario adeſſe debet. n. 4.
Heredes poſt mortem eius cui vſusfructus bonorum relictus eſt, ad proprietatem vocati, ius ſtatim adquirunt etſi exercitium ſuſpenſum ſit. n. 5.

Rationes decidendi.

Heres in vſufructu inſtitutus, heres in re certa eſt. n. 6.
Heres in re certa deficiente coherede omnem hereditatem capit. n. 7.
Quod etiam ad heredem in vſufructu inſtitutum applicandum. n. 8.
Fideicommiſſum eſt ſi quis poſt mortem inſtituti heredis ad hereditatem vocatur. n. 9.
Inſtitutio eorum qui poſt mortem prioris ſuperſunt, conditionata eſt. n. 10. 11.
Per conditionem heredis inſtitutioni adiectam non ſolum exercitium iuris ſed ius ipſum reſtringitur. n. 12.
Quaeſtionis primae et ſecundae deciſio. n. 13.
Quaeſtio tertia, quarta et quinta. n. 14.

Rationes dubitandi.

De hereditate delata ius diſponendi ei competit cui delata eſt. n. 15.
Ea itaque ad heredem vniuerſalem eius pertinet. n. 17.

Rationes decidendi.

Hereditas ſub conditione relicta ante exiſtentiam conditionis non defertur. n. 18.
Nec ſufficit quod heres defunctum ſuperuixerit. n. 19.
Ideoque inſtituto ante conditionis exiſtentiam mortuo ad eius heredes non transmittitur. n. 20.
Nec de ea diſponere poteſt inſtitutus. n. 21.
Heres ea iura quae poſt mortem teſtatoris demum naſcuntur non conſequitur. n. 22.
Subſtitutio euaneſcit ſi ſubſtitutus ante caſum ſubſtitutionis moritur. n. 23.
Deciſio quaeſtionum. n. 24.

Rechtsgutachten.

Als uns eine Geſchichts-Erzählung ſammt den nöthigen Urkunden und einigen angehängten Fragen zugeſandt, und darüber unſere Rechtsbelehrung begehrt worden, demnach erkennen wir für Recht:

Has

1 Haben weiland Marſchall J. C. von H. und deſſen Gemahlin M. E. geb. v. H. am 3ten Jul. 1715 ein teſtamentum reciprocum errichtet, und haben ſich beyde einander zu Univerſal-Erben dergeſtalt eingeſetzt, daß nach Abſterben des letztverſtorbenen ihre ſämmtlichen hinterbliebenen Kinder ihre Erben ſeyn, und ohne Unterſchied des Geſchlechts zu völlig gleichen Theilen gehen ſollten. Nach dem darauf zuletzt erfolgten Abſterben des Marſchalls von H. haben deſſen nachgelaſſene drey Söhne Friedrich Wilhelm, Georg Chriſtoph und Carl Leopold und deſſen Tochter Chriſtine Wilhelmine verehlichte von Pl., und Enkelin Sophie Auguſte Wilhelmine von P. den väterlichen und mütterlichen Nachlaß nach Inhalt des väterlichen und mütterlichen Teſtaments zu gleichen Theilen dergeſtalt getheilt, daß die drey Brüder die Güter Gotesgabe Wendelsdorf und Sudendorf gemeinſchaftlich überkommen, dahingegen der Frau von Pl. und dem Fräulein von P. Antheile an baarem Gelde ausbezahlt worden,

Hierauf haben die drey Gebrüder von H. am 11ten May 1744 ein pactum ſucceſſorium unter ſich dahin errichtet, daß wenn einer unter ihnen ohne Leibes-Erben und ohne Errichtung eines Teſtaments verſterben würde der oder die überlebenden deſſen geſammten Nachlaß erhalten und deren Schweſter oder Schweſter-Kinder davon nichts prätendiren ſollten. Auch haben ſie über die in Gemeinſchaft angenommenen Güter einen Erbtheilungs-Vergleich unterm 27ten Jun. 1744 dahin geſchloſſen daß der älteſte Bruder Friedrich Wilhelm die Güter Wendelsdorf und Sudendorf, der mittlere Bruder Georg Chriſtoph eine Abfindung an Geld und der jüngſte Bruder Carl Leopold das Gut Gottesgabe zum Erbtheil angenommen.

Auf das im Jahr 1757 erfolgte unbeerbte Abſterben des Oberhauptmanns Friedrich Wilhelm von H. haben deſſen beyde Brüder zu Folge des vorgedachten pacti ſucceſſorii deſſen ſämmtlichen Nachlaß unter ſich vertheilt, und hat der Landrath Carl Leopold von H. in dem den 1ten Dec. 1757 errichteten Theilungs-Vergleiche das Gut Wendelsdorf zu ſeinem Antheil angenommen, und ſeinen Bruder Georg Chriſtoph von H. mit einer Geldſumme von 7500 Thlr. deshalb abgefunden:

Inmittelſt iſt auch gedachter Landrath Carl Leopold von H. welcher ſich mit ſeiner Schweſter Tochter dem Fräulein Sophie Wilhelmine Auguſte von P. auf erlangte landesherrliche Diſpenſation vermählt gehabt, im Jahr 1771 mit Zurücklaſſung eines unterm 17ten Nov. 1746 errichteten Teſtaments ohne eheleibliche Erben geſtorben und hat darin vorgedachte ſeine Ehegemahlin, auf den Fall, daß er keine eheleibliche Kinder hinterlaſſen würde, zu ſeiner wahren ungezweifelten Univerſal-Erbin in den Nießbrauch aller ſeiner Haab und Güter, welche nach ſeinem Ableben vorhanden ſeyn würden, eingeſetzt, und dabey geordnet, daß wenn ſie dereinſt das Zeitliche ſegnen ſollte, ſeine ſämmtlichen nachbleibenden Güter ſeinen beyden Brüdern, Friedrich Wilhelm und Georg Chriſtoph von H. und falls dieſe verſtorben und keine Kinder hinterlaſſen auf ſeine nächſte Vettern von H. männlichen Geſchlechts zurückfallen ſollten; wie denn derſelbe dieſe zu ſeinen Erben in proprietate jedoch unter folgender Beſtimmung eingeſetzt hat,

daß

daß nach dem ſeel. Ableben meiner vorgenannten Ehegenoſſin Sophie Wilhelmine Auguſte geb. von P. dieſelben oder derſelbe meine ſämmtliche Haab und Güter ſowohl dem Eigenthum als der Abnuzung nach erben haben und behalten ſollen;

zu Folge dieſer Verordnung hat deſſen hinterlaſſene Wittwe die Landräthin von H. das ihr ſolchergeſtalt nachgelaſſene Vermögen mit dem Gute Gottesgabe bis in das Jahr 1788 ruhig beſeſſen;

Da auch indeſſen ihres verſtorbenen Mannes noch lebender einziger Bruder Georg Chriſtoph von H. im Jahr 1783 ohne Kinder zu hinterlaſſen verſtorben, ihr hiernächſt nicht bekannt geweſen daß noch ein einziger von der H—iſchen Familie am Leben ſey, auf welchen nach ihrem erfolgten Abſterben das ihr hinterlaſſene Vermögen der Proprietät nach, zurück fallen könnte, ſo hat ſie ſich überzeugt gehalten, daß ſie theils als Schweſter-Tochter ihres Mannes und als deſſen nächſte Inteſtat-Erbin theils als deſſen einzige Teſtaments-Erbin darüber zu disponiren freye Macht erhalten habe, und hat dieſelbe daher ein Teſtament errichtet und darin die Frau Oberhauptmannin von B. geb. von Pl. als ihre nächſte Inteſtat-Erbin zur Univerſal-Erbin ihres geſammten, auch von ihrem Manne ihr angefallenen Vermögens eingeſezt und iſt darauf im vorigen Jahr 1788 verſtorben.

Vermöge dieſes Teſtaments hat auch die Frau von B. den Beſiz des angefallenen Nachlaſſes ergriffen, und um dieſer Erbſchaft wegen gegen alle Anſprüche ſicher, und auch davon gewiß zu ſeyn, ob noch jemand von der H—iſchen Familie männlichen Geſchlechts am Leben ſey, eine öffentliche Ladung an alle diejenigen, welche von der Familie von H. etwa am Leben ſeyn möchten zu dem Ende ausgewirkt, um ſich wegen dieſer Erbſchaft anzugeben und zu melden. Da ſich nun kein einziger von der Familie von H. angegeben, hat inzwiſchen ganz unerwartet des weiland Georg Chriſtoph von H. nachgelaſſene Wittwe Chriſtiane Sophie Dorothee von H. gebohrne von O. einen Anſpruch auf das ſämmtliche nachgelaſſene Vermögen des Landraths Carl Leopold von H. gemacht und gegen die verwittwete Frau von B. aus dem Grunde Klage erhoben;

weil ſie 1) vermöge eines mit ihrem Mann Georg Chriſtoph von H. errichteten teſtamenti reciproci deſſelben Univerſal-Erbin geworden

und 2) ihr Mann vermöge des von weiland Carl Leopold von H. errichteten Teſtaments zum Univerſal-Erben in der Proprietät des von demſelben nachgelaſſenen Vermögens ernannt worden, und deſſen Nachlaß in Anſehung der Proprietät zu ihres Mannes Vermögen bey deſſen Leben bereits gehört habe,

Bey dieſer Lage der Sache erwachſen folgende Hauptfragen:

Erſte und zweyte Frage.

Wie 1) die von weiland Carl Leopold von H. in ſeinem Teſtament geordnete Erbes-Einſezung in den Nießbrauch ſeines geſammten Nachlaſſes und die 2

darauf geordnete Erbes-Einſetzung der benannten Erben in der Proprietät ſeines Vermögens den Rechten nach zu verſtehen ſey, und ob die Proprietät des Nachlaſſes ſo gleich im Augenblick des Abſterbens des Landraths von H. auf die eingeſetzten Erben devolvirt oder ob

2) nicht die Erbes-Einſetzung der benannten in die Proprietät eingeſetzten Erben in dem Teſtament ausdrücklich auf die Zeit des Abſterbens der in vſufructu zur Erbin eingeſetzten Wittwe geſtellt und eingeſchränkt worden;

3 Ob nun wohl 1) der Teſtator ſeine Frau in dem Teſtament zur Univerſal-Erbin in dem vſufructu ſeines geſammten Nachlaſſes in dem Maaſſe eingeſetzt hat, daß ſie, wie es die Natur des vſusfructus mit ſich bringt, ſein geſammtes Vermögen nur auf die Zeit ihres Lebens beſitzen und zu freyem Gebrauch haben ſolle,

4 Und dann 2) die Art und Eigenſchaft einer nießbräuchlichen Benutzung des geſammten Nachlaſſes a. und für ſich ſchon zum voraus ſetzt, daß die Proprietät einem andern zuſtehe, folglich auch in dem gegenwärtigen Falle nothwendig jemand Erbe in der Proprietät geweſen ſeyn muß, weil die Benutzung des Vermögens nur einen Theil der Rechte daran ausmacht, und der vornehmſte Theil der Rechte an einer Sache nemlich die Eigenthums-Rechte, den Rechten nach nicht vacant geblieben ſeyn kann, vielmehr von Zeit des Abſterbens des Teſtirers an und während der Lebenszeit der in vſufructu zur Erbin eingeſetzten Wittwe jemand Erbe in der Proprietät geweſen ſeyn muß, weil nach ungezweifelten Rechtsgründen ein einziger Erbe nicht bloß und allein pro parte vel in certa re Erbe ſeyn kann,

5 Daher 3) die Auslegung des gedachten Teſtaments dahin zu machen zu ſeyn ſcheint, daß wenn gleich die in demſelben geordnete Einſetzung der Erben in der Proprietät in dem Maaſſe geſchehen, daß ſie erſt nach Abſterben der im Nießbrauch zur Erbin benannten Wittwe ſtatt finden ſolle, dennoch ſolche ſo anzunehmen ſey, daß der oder die den Teſtirer überlebenden Erben zwar erſt nach dem Abſterben der Wittwe zur Ausübung ihres Rechts an dem Eigenthume des Vermögens gelangen, jedoch ſie nach dem Abſterben des Teſtirers ſogleich als pure eingeſetzte Erben in der Proprietät zu betrachten, und dafür auch während des bey Lebzeiten der Wittwe gedauerten vſusfructus anzuſehen ſeyn dürften,

6 D. a. u. d. das Teſtament des Landraths Carl Leopold von H. eine doppelte Erbes-Einſetzung enthält davon die eine auf die Lebenszeit ſeiner Frau und die andere, auf deren erfolgtes Abſterben geſtellt iſt,

Und dann 1) ſo viel die erſtere betrifft, der Teſtirer ſeine Frau zur wahren ungezweifelten Univerſal-Erbin in dem Nießbrauch ſeines geſammten Vermögens, nichts davon ausgeſchloſſen, eingeſetzt und darauf ſeine Haupt-Abſicht und die Grundlage ſeines Teſtaments gerichtet hat, hingegen neben ihr und während ihrer Lebenszeit keinen andern Erben benannt hat, ſolchemnach die auf ſie gerichtete Erbes-Einſetzung in dem vſufructu omnium bonorum eine heredis inſtitutionem in re certa enthalten, weil Früchte Einkünfte und Nutzungen des Vermögens eine rem certam ausmachen,

Gleich-

Gleichwohl 2) die Einſeʒung eines Univerſal-Erben in re certa nach der in den Geſeʒen ſelbſt gegebenen Erklärung anders nicht als in dem rechtlichen Verſtande angenommen werden kann, daß der in re certa eingeſeʒte Erbe pro herede ex aſſe zu halten iſt 7

L. 1. §. 4. L. 9. §. 13. L. 10. L. 11. D. de heredib. inſtit. L. 13. C. eod.

ſi enim vnicus heres, isque in re certa, inſtituatur, hic totam capit hereditatem

Leyſer ſpec. 341. med. 5. 6.
Brunnemann ad L. 13. C. de heredib. inſtit. n. 3. 4.
Mencke in ſynt. iur. civ. lib. 28. tit. 5. §. 5.
Berger in oec. iur. lib. 2. tit. 4. §. 12.

davon auch die rechtliche Anwendung auf einen in den Nießbrauch des geſammten Nachlaſſes eingeſeʒten Univerſal-Erben mit Beſtand gemacht wird, qui enim inſtitutus eſt heres vnicus in vſufructu omnium bonorum eum in totam aſſem heredem fieri ſtatuendum eſt, ſubducta vſusfructus mentione, quoniam is non poteſt defunctum pro parte repraeſentare ac pro parte non 8

Galuanus de vſufructu tot. cap. XIV. et in ſpecie n. 1. et 12.
Anton. Faber in definit. forenſ. ad Cod. lib. 17. tit. 18. def. 7. n. 2.

Dieſe Auslegung auch der Geſinnung des Teſtirers angemeſſen iſt, indem derſelbe ſeiner Frau einen völlig freyen Beſiʒ und ein uneingeſchränktes Benuʒungs-Recht, als welches Rechte des Eigenthümers ſind, im Art. 3. des Teſtaments zugeeignet und nur ſeine Willens-Meinung darüber auf wen ſein Vermögen nach dem dereinſtigen Abſterben ſeiner Wittwe fallen ſollte, zu erkennen gegeben, und deshalb daß dieſes an die nachgeſeʒten Erben zurück fallen ſolle verordnet, und dieſen Zurückfall durch die dem Teſtament beygefügte Codicillar-Clauſel noch mehr begründet hat,

Wie denn 3) der Teſtirer ganz beſtimmt erſt auf den Fall, wenn ſeine Frau dereinſt das Zeitliche ſeegnen würde, verordnet hat, daß ſeine geſammten nachbleibenden Güter auf ſeine beyden Brüder Friedrich Wilhelm und Georg Chriſtoph von H. oder dafern nur einer von ihnen am Leben, der andere aber ohne eheleibliche Kinder verſtorben wäre, auf den bey ſeiner Frauen Abſterben noch lebenden Bruder, oder falls alsdann keiner von ſeinen Brüdern oder deren eheleiblichen Kindern mehr am Leben ſeyn ſollte, an ſeine nächſten Vettern des Geſchlechts von H. zurückfallen und ſie ſolches alles erben ſollten; dergleichen Verordnung aber ihrer wahren Natur nach eine ſubſtitutionem fideicommiſſariam ausdrückt, wobey nur der Teſtirer anderer als der gewöhnlichen jedoch mit denſelben gleiche Kraft habender Worte ſich bedient und die nachgeſeʒten Erben zu ſolchem Zweck zu ſeinen wahren und unſtreitigen Erben in proprietate dergeſtalt eingeſeʒt hat 9

daß nach dem Ableben ſeiner vorgenannten Ehegenoſſin Sophie Wilhelmine Auguſte geb. von P. dieſelben oder derſelbe ſeine ſämmtliche Haab und Gü-

ter ſowohl dem Eigenthum als der Abnutzung nach erben haben und behalten ſollen,

10 ſolchemnach 4) dieſe auf das Abſterben ſeiner Univerſal-Erbin geordnete fideicommiſſariſche Erbes-Einſetzung in der Proprietät und Benutzung, eine heredis inſtitutionem conditionatam deshalb ausmacht, weil ſowohl der Umſtand wer ſeine Wittwe überleben würde als etwas künftiges und ungewiſſes, als das Abſterben ſeiner Univerſal-Erbin ſelbſt tamquam dies incertus anzuſehen welcher den Rechten nach einer Bedingung gleich iſt,

L. 1. §. 2. L. 75. D. de condit.
L. 21. D. quando dies leg. vel fid. ced.

und dieſerhalb unter den mehreren nachgeſetzten Erben es bis zum Abſterben der Wittwe ungewiß geweſen wer wirklich zur Erbfolge gelangen würde, indem nur derjenige welcher die Univerſal-Erbin überleben würde, zur Erbſchaft berufen worden, folglich wie ſolches die Art und Eigenſchaft einer auf Bedingung geſtellten Erbes-Einſetzung mit ſich bringt bis dahin keinem derſelben ein wirkliches gegenwärtiges Erbrecht zugeſtanden, hereditas enim demum exiſtente conditione cedit;

L. 4. L. 5. §. 2. L. 21. quando dies leg. vel fideic. ced.

11 Mithin 5) dieſe in der Proprietät geſchehne Erbes-Einſetzung ſo lange die Wittwe und Univerſal-Erbin des Teſtirers am Leben geweſen, nach der Natur einer bedingten Erbes-Einſetzung um ſo gewiſſer in ſuſpenſo geblieben, als ſelbſt nach den klaren Worten des Teſtaments der künftige wirkliche Erbe des geſammten Vermögens erſt darnach beſtimmt werden ſollen, wer von den mehreren nachgeſetzten Erben die Wittwe bey deren Abſterben überleben würde,

12 Woraus 6) zugleich die vorangeführten Zweifel ſich erledigen inmaßen die Einſetzung der Wittwe zur Univerſal-Erbin in vſufructu omnium bonorum für eine in der ganzen Erbſchaft geſchehene Erbes-Einſetzung, detracta vſusfructus mentione, im Rechtsverſtande angenommen werden muß, weil ſolche ſo lange ſie am Leben geweſen, keinen Miterben in der Proprietät gehabt, mithin dieſe Proprietät im Rechtsverſtande bey derſelben, als Univerſal-Erbin geweſen, wenn gleich ſelbige nur in einer re certa eingeſetzt und derſelben die freye Diſpoſition über dieſelbe, durch die nachgefügte Verordnung, wie ſolches auch bey einer After-Erbeseinſetzung geſchieht eingeſchränkt geweſen iſt, allermaßen die im Teſtament nachgeſetzten Erben, erſt auf den Fall wenn ſie verſterben würde zu Erben in der Proprietät eingeſetzt worden, folglich mit der Natur einer bedingten Erbes-Einſetzung es ſtreiten würde, das Erbrecht ſelbſt als ein unbedingtes Recht oder ius purum anzunehmen, und nur die Ausübung deſſelben auf die Exiſtenz der Bedingung zu ſtellen, da doch das Erbrecht ſelbſt erſt von dem dereinſt erfolgenden Abſterben der Wittwe abgehangen, und ſo lange dieſes nicht erfolgt, dergeſtalt in ſuſpenſo geblieben iſt, daß auch ſelbſt nach den Worten des Teſtaments nur derjenige unter den nachgeſetzten Erben, welcher die Wittwe überleben würde,

zu

zu deren Erben im Eigenthum und in der Benutzung berufen worden, dieſelbe aber als einzige Univerſal Erbin auch nach geſetzlicher Auslegung und Verordnung während der Zeit ihres Lebens die einzige Erbin auch in der Proprietät des Vermögens geblieben iſt,

Als ſind wir ſolchem allem nach der rechtlichen Meinung:

Daß 1) die im vorgedachten Teſtament enthaltene Einſetzung der hinterlaſſenen Wittwe zur Univerſal-Erbin in dem vſufructu der geſammten Verlaſſenſchaft, als eine in re certa geſchehene Erbes-Einſetzung, den Rechten und ihrer Wirkung nach einer in der vollen Erbſchaft geſchehenen Erbes-Einſetzung vorkommenden Umſtänden nach gleich zu achten, 13

hingegen 2) die auf den Fall des Abſterbens der gedachten Wittwe im Art. 4. des Teſtaments, geordnete Erbes-Einſetzung der alsdann noch lebenden Brüder oder Vettern des Teſtirers in der Proprietät nicht eher als bey dem erfolgten Abſterben derſelben, ihre rechtliche Gültigkeit erlangt, und daher die Proprietät des geſammten Vermögens nicht von Zeit des Abſterbens des Teſtirers, ſondern erſt von Zeit des Abſterbens der zur Univerſal-Erbin eingeſetzten Wittwe auf die nachgeſetzten Erben und unter dieſen auf denjenigen bey dem die Bedingung eingetreten, der ſie folglich überlebt hat, fallen können.

Dritte Frage.

Ob der Bruder des Teſtirers Georg Chriſtoph von H. vermöge der oberwähnten auf ihn zugleich gerichteten eingeſchränkten Erbes-Einſetzung, ſchon bey dem Leben der zur Univerſal-Erbin in vſufructu eingeſetzten Wittwe des Erblaſſers über das Eigenthum des ſämmtlichen Vermögens zu disponiren und ſeine Frau im Teſtament zur Erbin des Eigenthums dieſer Güter einzuſetzen, eine rechtliche Befugniß gehabt? 14

Vierte Frage.

Ob deſſelben Wittwe Chriſtiane Ludovice von H. aus dem mit ihm errichteten teſtamento reciproco vermittelſt einer rechtsbeſtändigen Auslegung herleiten könne, daß ihr Mann die Abſicht gehabt habe, ſie in der Proprietät der ſämmtlichen Verlaſſenſchaft ſeines verſtorbenen Bruders zur Erbin einzuſetzen, und ſie darin wirklich eingeſetzt habe?

Fünfte Frage.

Oder ob, wenn allenfalls derſelbe ſie zur Proprietäts-Erbin einzuſetzen geſonnen geweſen, er ſolches anders nicht als mit ausdrücklichen Worten und unter vorher geſchehener Vorladung aller im Teſtament zugleich berufenen Fideicommiß-Erben von H. thun können?

Wiewohl nun 1) dem weiland Georg Chriſtoph von H. das in dem Teſtament ertheilte Erbrecht in dem Eigenthume der brüderlichen Verlaſſenſchaft in Anſehung 15

deſſen daß er den Teſtirer überlebt hat, ſchon für angefallen zu achten ſeyn und ungeachtet er den Genuß der Erbſchaft noch nicht erlangt, daraus gefolgert werden mögte, daß er über dies Erbrecht, eben ſowohl als über andere eigene Rechte durch ein Teſtament zu disponiren befugt geweſen,

16 Und wenn ſolches 2) angenommen werden kann, aus dem von demſelben mit ſeiner Frau errichteten teſtamento reciproco die Folge ſich würde herleiten laſſen können, daß, da er ſie darin zu ſeiner einzigen und Univerſal-Erbin eingeſetzt hat, es ihm an der Geſinnung, ſie mit dem ihm hinterlaſſenen und angefallenen Erbrechte an dem Eigenthum der brüderlichen Verlaſſenſchaft zu bedenken, nicht gemangelt, vielmehr derſelbe bloß allein dadurch daß er ſie zu ſeiner Univerſal-Erbin eingeſetzt hat ihr auch zugleich und ohne daß es einer beſondern Erwähnung bedurft, jenes Erbrecht mit hinterlaſſen habe,

17 Hingegen 3) darauf ob jemand von den übrigen zugleich ernannten Erben, den Vettern von H. annoch am Leben geweſen, deshalb gegenwärtig nicht ankommen dürfte, weil ſolches die Rechte eines Dritten betreffen haben würde;

18 D. a. u. d. 1) obgedachtes dem weiland Georg Chriſtoph von H. ertheiltes Erbrecht an dem Eigenthum der brüderlichen Verlaſſenſchaft ihm weder pure angefallen noch auch von ihm erworben worden,

Inmaßen 1) der Teſtator die in dem Teſtament benannten Brüder, Brüder-Kinder und Vettern in der Proprietät ſeines Vermögens ausdrücklich in dem Maaſſe eingeſetzt hat, daß ſie erſt nach dem Abſterben ſeiner Frau das Eigenthum ſeines geſammten Nachlaſſes erben ſollten, folglich keinem unter dieſen das Erbrecht an ſolchem Eigenthum eher als nach dem Abſterben ſeiner Univerſal-Erbin welches im Rechtsverſtande die Bedingung unter welcher die Erbes-Einſetzung geſchehen, enthält

L. 75. D. de condit. et dem.

anfallen können, cum hereditas ſub conditione relicta, ante huius exiſtentiam non deferatur

L. 59. §. 6. D. de hered. inſtit.
L. 13. D. de acq. vel omitt. hered.

19 Auch 2) aus ſolchem Grunde der Teſtator ausdrücklich verordnet hat, daß nur auf denjenigen unter ſeinen beyden Brüdern oder deren eheleiblichen Kindern, welcher bey dem Abſterben ſeiner Frau am Leben ſeyn würde, ſein geſammter Nachlaß zurückfallen ſolle, mithin es darauf, daß Georg Chriſtoph von H. den Teſtator überlebt nicht angekommen weil ihm anders nicht als wenn er deſſen Frau als eingeſetzte Univerſal-Erbin überlebt haben würde, die Verlaſſenſchaft anfallen können, derſelbe aber gleichwohl bereits im Jahr 1783 vorlängſt vor ihr verſtorben

20 Noch weniger 3) derſelbe ſolches Erbrecht wirklich erworben, indem ſolches nicht anders als durch die Antretung der Erbſchaft geſchehen können, eine Erbſchaft aber wenn ſie nicht angetreten worden auf Erben nicht gebracht werden kann, cum hereditas non adita ad heredes transmitti non poſſit

L.

L. un. §. 5. C. de caducis toll.

gleichwohl derſelbe bey dem Leben der eingeſetzten Univerſal-Erbin noch nicht einmahl facultatem adeundi hereditatem gehabt hat, weil das frühere Abſterben derſelben die Bedingung ſeines erſt zu erlangenden Erbrechts ausgemacht, und deſſen Erwerbung überall davon, ob einer und welcher von den benannten nachgeſetzten Erben jene überlebt haben würde abgehangen hat, non prius vero, quam hereditas delata eſt, ideoque nec ante exiſtentem conditionem adiri poteſt

L. 151. D. de verb. ſignif.
L. 13. D. de acquir. vel omitt. hered.
L. 59. §. 6. D. de heredib. inſtit.

Solchem allem nach der weiland Georg Chriſtoph von H. über die ihm weder 21
pure angefallene noch auch von ihm angetretene Erbſchaft durch einen letzten Willen zu diſponiren für befugt nicht gehalten werden kann,

Wie denn auch II) derſelbe nicht einmahl die Abſicht darüber diſponiren zu wol- 22
len zu erkennen gegeben hat, folglich auch über die Abſicht deſſelben die ihm eventualiter angetragene Erbſchaft antreten zu wollen nichts beſtimmtes ſich ſagen läßt, wenn gleich derſelbe in Betracht daß ſein Erbrecht bey dem Leben der Univerſal-Erbin annoch in ſuſpenſo geweſen, ſolches mit Beſtand Rechtes zu thun nicht vermogt haben würde, dahingegen aus dem von ihm mit ſeiner Frau errichteten teſtamento reciproco an und für ſich betrachtet, ſich kein Grund dazu herleiten läßt, indem er ſie darin nur zu ſeiner einzigen Univerſal-Erbin ernannt hat, und ſie daher nur die ihrem Manne bereits erworbenen Rechte erlangen, hingegen in ſolche Rechte die ihm weder bey ſeinem Leben angefallen noch von ihm erworben worden, nicht treten können, daß aber dem Erben des unter einer Bedingung eingeſetzten Erben kein Recht an der Erbſchaft zuſtehe, wenn die Bedingung erſt nach deſſen Tode eingetreten, mehr als zu bekannt iſt,

L. 59. L. 109. D. de condit. et demonſtrat.
Averanius interpret. Lib. II. cap. 16.

Auch III) in Anſehung einer ſolchen Diſpoſition wenn ſelbige wirklich vorhanden 23
ſeyn ſollte nicht auſſer rechtlicher Achtung zu laſſen,

daß 1) vorerwähnter maaſſen, es erſt bey dem Ableben der zur Univerſal-Erbin eingeſetzten Erbin ausgemacht werden können, ob auf einen der ihr nachgeſetzten Erben und auf welchen von den ſie etwa überlebenden Brüdern oder Vettern des Teſtirers die Verlaſſenſchaft deſſelben zurückfallen ſolle, und folglich nicht ſowohl das Recht eines Dritten als das wirkliche Erbrecht des verſtorbenen Georg Chriſtoph von H. von der Exiſtenz anderer Erben abgehangen,

Auch 2) der Teſtirer auf den eingetretenen Fall, da keiner von ſeinen Brüdern oder Brüder-Kindern bey dem Ableben ſeiner Frau vorhanden ſeyn würde, ſchon ſelbſt in ſeinem Teſtament die Diſpoſition dahin gemacht hat, daß deren männliche Deſcendenten welche alsdann vorhanden ſeyn würden mit Ausſchlieſſung der weiblichen

in

in ihrer Väter Stelle treten und ſeine Erben ſeyn ſollten, dadurch aber eines Theils noch mehr beſtätigt hat, daß das künftige Erbrecht in dem Eigenthum und Genuſſe ſeines Vermögens davon allein abhangen ſolle wer von ſeinen Brüdern und Vettern oder deren männlichen Deſcendenten ſeine eingeſetzte Univerſal-Erbin überleben würde, und da nun keiner von dieſen allen ſie überlebt, die von dem Teſtator auf das Abſterben ſeiner Frau geordnete ſubſtitutio der nachgeſetzten Erben für völlig erloſchen zu halten,

Als erachten wir ſolchem allem zu Folge den Rechten nach dafür:

24 Daß I) weiland Georg Chriſtoph von H. bey dem Leben der in vſufructu des ganzen Vermögens eingeſetzten Univerſal-Erbin über das Eigenthum des ſämmtlichen Vermögens worin er erſt nach deren Abſterben auf den Fall wenn er ſelbige überleben würde zum Erben eingeſetzt worden und welche derſelbe gleichwohl nicht überlebt hat, durch ein Teſtament zu diſponiren nicht befugt geweſen

Auch II) deſſelben hinterlaſſene Wittwe aus dem mit ihm errichteten teſtamento reciproco eine ſolche Diſpoſition durch keine Art der Auslegung mit einigem Beſtand herleiten könne,

Uebrigens III) ſo lange nicht ausgemacht geweſen wer von des Teſtators Brüdern oder Vettern und deren männlichen Deſcendenten die hinterlaſſene Frau des Teſtirers überleben würde, der Fall überall nicht eingetreten in welchem darüber diſponirt werden können. 1789.

Num. 113.

RESPONSVM.

THEMATA GENERALIA.

I. De iure ſtatuum imperii particulas territorii alienandi.

II. De iure agnatorum bona alienata reuocandi et de iuribus commiſſionis caeſareae cui adminiſtratio redituum mandata eſt circa reuocationem alienatorum bonorum.

ARGVMENTA SPECIALIA.

Species facti. n. 1.
Quaeſtio prima. n. 2.

Rationes dubitandi.

Ius principum imperii territoria alienandi per nexum feudalem reſtrictum eſt. n. 3.
Conſenſu imperatoris itaque opus eſt. n. 4.
Ius feudale Longobardicum enim in feudis imperii vim habet. n. 5.
Nec allodialia bona territorio incorporata alienari poſſunt. n. 6.

Rationes decidendi.

Ex diuturna et communi obſeruantia principibus imperii ius competit partes feudorum alienandi. n. 7.
Quae alienatio quamdiu is qui alienauit, eiusque deſcendentes adſunt, valida eſt. n. 8.
Ius quasdam particulas in ſubfeudum dandi absque conſenſu domini, vaſallo competit. n. 9.
Multo minus conſenſu imperatoris opus eſt ad alienationem bonorum allodialium ſtatuum imperii. n. 10.
Allodia feudis adiecta et ratione ſucceſſionis iis aequiparata qualitatem feudalem non habent. n. 11.
Conſenſus imperatoris non validitatis cauſa ſed eo fine deſideratur, vt alienatio feudo aperto ſubſiſtat n. 12.

Quaeſtionis deciſio. n. 13.
Quaeſtio ſecunda. n. 14.

Rationes dubitandi.

Alienatio nulla eſt ſi ea in pactis familiae prohibita eſt. n. 15.
Imprimis ſi bona ob ſimultaneam inueſtituram in plurium condominio ſunt. n. 16.
Alienatione prohibita dominii translatio fieri non poteſt. n. 17.
Eamque agnati ſtatim impugnare poſſunt. n. 18.

Rationes decidendi.

Ius ſuccedendi ex ſimultanea inueſtitura deſcendens mortuo poſſeſſore demum efficax eſt. n. 19.
Alienatio itaque a poſſeſſore facta ſubſiſtit tamdiu quam is atque eius deſcendentes viuunt. n. 20.
Nec agnati feuda alienata prius quam iis delata eſt ſucceſſio reuocare poſſunt. n. 21. 22. 26.
Pro declarando iure futuro enim agi non poteſt. n. 23.
Ex pactis tantum oritur ius inter paciſcentes. n. 24.
Pactis interdictam eſſe tantum alienationem agnatis damnoſam demonſtratur. n. 24. 25.
Quaeſtionis ſecundae deciſio. n. 27.
Quaeſtio tertia. n. 28.

Rationes dubitandi.

Pacta familiae in quibus alienatio prohibita eſt, imprimis cum confirmatio caeſarea acceſſit tamquam leges alienationem prohibentes conſideranda ſunt. n. 29. 30.

Prohibitio legis impedit dominii translationem. n. 31.

Rationes decidendi.

Ex pactis familiae paciſcentibus tantum ius competit. n. 32. 33.

Ex iure tertii absque ſpeciali cauſa nemo agere nec excipere poteſt. n. 34.

Proteſtatio contra alienationem interpoſita ius futurum tantum ſaluum reddit. n. 35.

Confirmatio iis quae in pacto continentur maiorem vim non tribuit. n. 36. 37.

Quaeſtionis deciſio. n. 38.

Quaeſtio quarta. n. 39.

Alienatio pendente concurſu facta, nulla eſt. n. 40.

Commiſſio caeſarea ad adminiſtrandos reditus territorii delegata, iis quae regimen ſpectant ſeſe immiſcere nequit. n. 41.

Diſpoſitiones de iis quae ad regiminalia ſpectant itaque durante commiſſione a principe fieri poſſunt. n. 42.

Diſcrimen inter regiminalia et cameralia fundatum eſt. n. 43.

Quaeſtionis deciſio. n. 44.

Rechtsgutachten.

Als uns eine Geſchichts-Erzählung nebſt einigen Fragen zugeſandt und wir darüber unſere in den Rechten gegründete Meinung zu ertheilen gebeten, demnach erkennen wir den Rechten gemäß zu ſeyn:

1 Hat der Fürſtlich Sächſiſche Hof-Agent Ch. A. in H. im Jahr 1763 ſeinem noch regierenden Fürſten und Landesherrn ein Capital von 13000 Fl. Rheiniſch zur Erkaufung des frey eigenthümlichen Ritterguts W. gegen unterpfändliche Einſetzung deſſelben vorgeliehen,

Sind aber in den darauf folgenden Jahren die Intereſſen von dem vorhin bemerktem Darlehn nicht allein unrichtig abgetragen, ſondern auch verſchiedene Stücke von dem unterpfändlich eingeſetzten Rittergut W. aller von beſagtem Gläubiger dagegen gemachten Vorſtellungen ungeachtet einzeln, ſodann dieſes Rittergut gänzlich verkauft worden; und hat unterdeſſen der regierende Fürſt nicht allein fernere anſehnliche Capitalien erborgt, ſondern auch viele der Cammergüter, Revenüen und Rechte theils an Landes-Unterthanen theils an Fremde verkauft und verpfändet,

Es iſt daher auch dem Hof-Agenten A bey dieſer Gelegenheit ein Drittel des Zehntens zu B. und P. dann die Herrſchaftlichen Zehnt-Antheile zu A. O. und U. mit dem Sackzehnten zu E. aus der Fürſtlich Würzburgiſchen Kellerey K. zum Kauf angetragen und hat derſelbe um aus der Sache zu kommen dieſe Zehnten und Gült-Antheile dergeſtalt erkauft, daß

1) bey dem Erkaufe des Drittels des Zehntens zu B. und P. die ganze Kaufſumme von 5000 Fl.

2) bey dem Kaufe der Zehnt-Antheile zu O. und U. und des Sackzehntens oder Gülts aus der fürſtlich Würzburgiſchen Kellerey K. 474 Fl. Capital und 1025 Fl. 1 ggl. 8 pf. rückſtändige Intereſſen und Koſten bey dem Erkauf der Gült zu A. und

E.

E. 400 Fl. von dem vorgelehnten und auf W. unterpfändlich verſicherten Capital der 13000 Rſl. abgerechnet, hingegen die andern Kaufgelder baar und gegen Quitung bezahlt worden;

Hat dabey jedoch der Durchlauchtigſte Verkäufer bey den zwey letzten Käufen ſich den Wiederkauf, der Käufer Hof-Agent A. aber zu mehrerer Sicherheit für ſich und ſeine Erben bedungen, daß wenn in künftigen Zeiten dergleichen Veralienirungen in Anſpruch genommen und er oder ſeine Erben aus dem Beſitz ſeines erkauften Eigenthums wider Vermuthen, ohne vorhergehende Wiedererſtattung des baar von ihm gewährten Kaufgeldes, vertrieben werden ſollte, ihm wegen abgerechneten Capitals, Intereſſen und Koſten, der Rückgang zu ſeiner vormahls in ſecuritatem crediti unter dem 3ten Dec. 1763 auf das Rittergut W. conſtituirten Hypothek vorbehalten bleiben ſolle;

Sind hierauf die erkauften Zehnten und Gülten nicht allein ſofort nach dem abgeſchloſſenen Kauf-Contracten an den Käufer überwieſen worden, ſondern hat auch derſelbe dieſe Güter bis dahin ruhig beſeſſen und genutzt:

Da nun nach und nach die Schuldenlaſt des fürſtlichen Hauſes ſich dergeſtalt vermehrt hat daß deswegen eine Unterſuchungs-Commiſſion erkannt und bald darauf dieſe Unterſuchungs-Commiſſion in eine Adminiſtrations-Commiſſion, ſo viel das camerale und oeconomicum betroffen erweitert worden, ſo hat dennoch auch der daſige Cammerjunker A. W. von T. ſich bewegen laſſen unter dem 9ten Nov. 1770 die Dorfs-Herrſchaft in St. und andere Rechte daſelbſt von ſeinem Landesherrn gegen Erlegung von 2000 Fl. ſub pacto reluitionis annoch zu kaufen, ſich cediren und überweiſen zu laſſen.

Als aber die Kayſerliche Debit- und Adminiſtrations-Commiſſion auf dieſen Kauf ſo weit ſolcher in das camerale und oeconomicum einen Einfluß gehabt keine Rückſicht genommen ſo hat der Käufer endlich unter dem 26 Jun. 1771 ad commiſſionem Caeſaream declarirt daß er ſoviel das camerale und oeconomicum ſeines Kaufs betreffe ſolches ohne Widerſpruch der Kayſerlichen Commiſſion überlaſſen wolle,

Iſt demnächſt in der Herzoglichen Debit-Sache in einem fernerweitigen Kayſerlichen Concluſo vom 19ten Febr. 1771 auf einen nahe gelegenen Reichsſtand eine Neben-Commiſſion dahin erkannt worden, um wegen der Landes-avulſorum des Hochfürſtlichen Hauſes ein paar Subdelegirte aufzuſtellen, vor welchen der von der Kayſerlichen Debit- und Adminiſtrations-Commiſſion zu ernennende Kläger gegen die Beſitzer der Landes-avulſorum Klage anſtellen mit denſelben vor beſagten Subdelegirten verfahren ſolle, denn aber acta concluſa ad impartiales exteros verſchickt und das künftige Urtheil den Theilen ſalua tamen appellatione publicirt werden ſollte:

Iſt nun dieſe erkannte Commiſſion eröffnet, der Kläger angeſtellt und hat ſelbiger mit Einreichung einer Recuperations-Klage gegen den Cammerjunker A. W. von T. wegen ſeiner erkauften Dorfs-Herrſchaft und anderer Rechte zu St. ingleichen gegen

 den

den Hof-Agent N. wegen ſeines erkauften Zehntens zu N. u. ſ. w. der Anfang gemacht. Es entſteht daher die

Erſte Frage.

2 Ob und in wie weit einem Teutſchen Reichsſtande und insbeſondere einem Herzoge zu Sachſen dem ſein Land keineswegs conſenſu populi zu regieren aufgetragen worden, ſondern der ſolches durch die Erbfolge überkommen und iure proprietatis beſitzt, erlaubt ſey, Theile von ſeinen Landes-Revenüen, ſie mögen nun eigen oder Lehen, Reichs-Afterlehen und Lehen von andern Reichsſtänden ſeyn, ohne Conſens Kayſerlicher Majeſtät zu veräußern zu verpfänden oder zu After-Lehen zu geben?

3 Ob nun wohl 1) bey der in Frage ſtehenden Befugniß eines Reichsſtandes und Reichsfürſten einzelne Theile und Stücke ſeines Reichslandes und Fürſtenthums zu veräuſſern, nicht ſo wohl auf das Erbrecht, oder auf das ius proprietatis unter welchem dieſe beſeſſen werden, ſondern vielmehr auf die lehnbare Verhältniſſe worin die meiſten Reichslande und Fürſtenthümer gegen Kaiſer und Reich ſtehen, und durch welche jenes Recht beſtimmt und eingeſchränkt wird, Rückſicht zu nehmen,

4 Und daß 2) die Kaiſerliche Einwilligung zu ſolcher Veräußerung erfordert werde, daher zu folgen ſcheint, weil nach gemeinen Lehnrechten ein Lehn weder ganz noch auch zum Theil ohne lehnherrliche Einwilligung veräußert werden darf

II. F. 52. et 55.

5 Und wie 3) an und für ſich es keinem Zweifel unterworfen iſt, daß die Longobardiſchen Lehnrechte in Ermangelung beſonderer Reichs-Satzungen auch bey den Reichslehnen für ein gemeines Recht anzunehmen ſind, ſo hinwiederum in den Reichsgeſetzen an einer ausdrücklichen Verordnung durch welche den Reichsſtänden in Abſicht der Veräuſſerung ein mehreres Recht beygelegt ſey es mangelt, vielmehr ſelbſt daraus, daß Reichs-Lehne dem Reich durch Todesfälle eröfnet werden können

Capitulat. caeſar. art. 11. §. 12.

der Grund eines die Veräußerung einſchränkenden Verbotes ſich offenbaret, und daher verſchiedene Rechtslehrer daß einzelne Theile eines Reichslehns ohne des Kaiſers Einwilligung nicht veräußert werden können, dafür halten.

Rhetius in inſtit. iur. publ. lib. 2. tit. 32.
Ziegler de iur. maieſt. cap. 4. n. 27.

6 Hiernächſt 4) bey Allodial-Stücken eines lehnbaren Fürſtenthums des Reichs, in Anſehung deſſen, daß die Allodia den Reichs-Lehnen incorporirt zu ſeyn pflegen, und daraus mit dieſen gleiche Rechte haben, es gleiche Beſchaffenheit zu haben ſcheint,

7 D. a. u. d. 1) auf der von den älteſten Zeiten hergebrachten gemeinen Reichs-Obſervanz es beruht, daß Reichsſtänden und Fürſten des Reichs einzelne Stücke der Reichs-Lehne ohne Kaiſerlicher Einwilligung dazu zu bedürfen, zu veräußern oder zu ver-

verpfänden nachgelaſſen iſt, ſolche Obſervanz auch durch die häufigen Veräuſſerungs-Fälle welche ſeit verſchiedenen Jahrhunderten mit dergleichen einzelnen Lehnſtücken ohne einigen von Seiten des Kaiſers und des Reichs erfolgten Widerſpruch oder Anſpruch unternommen ſind, bewährt werden, und daher von derſelben als von einer bey den Lehnen der Reichsſtände von jeher hergebrachten Obſervanz, bewährte Rechtslehrer Zeugniß geben; in imperio videlicet numquam ita obſeruatum eſt, vt electores, principes et qui habent magna feuda ab imperio cum pro receptis pecuniis maxime in neceſſitatis caſibus, nonnulla ex eis feudis etiam transferendo poſſeſſionem obligant, opus habeant ſpecificum conſenſum imperatoris exigere idque ex conſuetudine et vſu recepto,

Gylmannus Symphoremat. Tom. IV. P. I. vol. 3. n. 90.
Zaſius de feud. P. IX. n. 22.
Weſenbecius conſ. 13. n. 100.
Klock tom. 1. conſ. 11. n. 146. ſq.
Struuius in ſynt. iur. feud. cap. 14. aph. 29. n. 5.
Multz in repraeſent. maieſtat. imperat. P. II. c. 13. §. 4.
Stryk de obligatione feudi conſenſu munita cap. 2. n. 9. ſq.
Itterus de feud. imp. cap. 23. §. 3.
Moſers Reichshofr. Proceß. Th. 4. C. 7. §. 23. et 25.

Introductam vero eam conſuetudinem eſſe ex eo maxime probatur, quod iſtius modi oppignorationes particulares non tantum ab immemoriali tempore a vaſallis imperii maioribus, haud inſcio imperatore frequenter celebratae ſed et contradictorio iudicio firmatae nec ob imperialis conſenſus defectum reuocatae vnquam fuerint, ita vt de recepta hac et per omnem Germaniam vſitata conſuetudine res particulares alienandi et oppignorandi ne dubitandum quidem ſit

Frommann de oppignoratione feudorum regalium particulari ſine conſenſu moribus permiſſa §. 29. in *Moſeri* ſynt. diſſ. p. 81.

Hiernächſt 2) kraft dieſer Obſervanz dergleichen Veräuſſerungen, ſo lange Deſcendenten des Reichsſtandes welcher dieſelbe unternommen, vorhanden ſind und das Reichslehn dem Reich nicht eröfnet worden, Beſtand hat, und nur im Eröfnungs-Fall dem Reich zum Nachtheil nicht angezogen werden kann, hiebey auch die auf allen Teutſchen Lehnrechten beruhenden Rechte beybehalten worden, nach welchen das Recht einzelne Stücke des Lehns zu veräuſſern, dem Lehns-Eigenthume nicht entzogen, ſondern ratione exercitii nur dergeſtalt, daß ſolches weder dem Lehnherrn noch den Lehns-Agnaten zum Nachtheil gereiche, eingeſchränkt worden iſt, 8

G. L. Boehmer in princip. iur. feud. lib. 2. §. 477.

Noch weniger 3) die Befugniß der Reichsſtände einzelne Stücke der Reichslehne in Afterlehne zu vergeben in Zweifel gezogen werden mag, da eines Theils dieſe einem Vaſallen auch ohne erhaltene Einwilligung des Lehnherrn zuſteht, vaſallo enim ſincere et ſine fraude licet aliquam per feudum inueſtire ſeu ſubinfeudare etiam ſine domini voluntate 9

II. F. 3. §. 1.
Vulteius de feud. lib. 1. c. 10.
Pufendorf obſ. iur. tom. 3. obſ. 140.

andern Theils die Reichsſtände das beſtändige Reichs-Herkommen für ſich haben, nach welchem ihnen die After-Verleihung einzelner Stücke der Reichslehne ohne Kaiſerliche Einwilligung dazu nachzuſuchen zugeſtanden

Moſers Reichshofr. Proc. Th. IV. C. 7. §. 34.
Itterus de feud. imp. c. 22. §. 3.
Buder de vetuſta origine ſubfeudorum eorumque neceſſitate §. 3.

10 Am wenigſten 4) bey ſolchen Revenüen und einzelnen Stücken eines Reichslandes welche gegen Kaiſer und Reich in keiner lehnbaren Verbindung ſtehen, ſondern welche entweder Allodia oder von andern Reichsſtänden zu Lehen gegeben ſind, ein Rechtsgrund vorhanden iſt aus welchem zu deren Veräuſſerung die Einwilligung Kaiſerlicher Majeſtät für erforderlich zu halten; nulla enim ſubeſt neceſſitas vel aliqua lex imperii quae iubeat ſtatum imperii ſi bona ſua allodialia alienare velit prius imperatoris conſenſum impetrare debere

Stryk de iure allodiali principum imp. c. 5. n. 17.
Rhetius in iur. publ. lib. 2. tit. 36. §. 1.

11 Und wenn gleich 5) Allodial-Stücke mit Reichslehn-Landen vereinigt und wie inſonderheit in den Fürſtlich Sächſiſchen Häuſern geſchehen, durch Familien-Verträge in Anſehung der Lehnfolge und der zu unterlaſſenden Veräuſſerung den Reichslehnen gleich geachtet werden, dennoch ſolches nach der Natur der Verträge, nur unter den contrahirenden Theilen ein Recht gibt und ſo viel daß die Allodia mit den Lehnen in Anſehung der ihnen zuſtehenden Rechte gleich geachtet werden, wirkt, daraus aber daß bey vorkommender Veräuſſerung die Kaiſerliche Einwilligung nöthig ſey kein Rechtsgrund erwächſt, allodia enim ea propter, quod ratione ſucceſſionis feudis ſint adiecta qualitatem feudalem non nanciſcuntur

Buder de confortatione feudi per allodium §. 25.

12 Hieraus aber 6) die angeführten Zweifel zugleich ſich erledigen, inmaßen von der Veräuſſerung eines ganzen Reichslehns nicht, ſondern von einzelnen dazu gehörigen Stücken die Frage vorwaltet, und bey dieſen der beſondere in dem Reichsherkommen beruhende Rechtsgrund eintritt, nach welchem die Einwilligung des Kaiſers zu dergleichen Veräuſſerungen nicht deren Gültigkeit halber, ſondern allein dazu erfordert worden, damit dieſe auch im Eröfnungs-Fall zum Nachtheil des Reichs beſtehen könne;

13 Als geht unſere rechtliche Meinung dahin,

daß zur Veräuſſerung einzelner Theile und Landes-Revenüen eines hohen Reichslehns die Einwilligung Kaiſerlicher Majeſtät nicht ſchlechterdings und ſub poena nullitatis ſondern nach hergebrachter Reichs-Obſervanz nur in ſo

weit

weit erfordert werde, damit die Veräuſſerung im Eröfnungs-Falle auch gegen Kaiſer und Reich beſtehen könne, hingegen bey der After-Belehnung oder bey der Veräuſſerung ſolcher einzelnen Pertinentien der Reichslande, welche entweder eigen oder von einem andern Reichsſtande lehnrührig ſind, die Kaiſerliche Einwilligung den Rechten nach gar nicht erfordert werde.

Zweyte Frage.

Ob den fürſtlichen Agnaten aus den in der Recuperations-Klage angeführten Haus-Verträgen bey Lebzeiten des regierenden Herzogs und ſeiner Deſcendenten ein Recht zuſtehe auf die Richtigkeit der ergangenen Veräuſſerungen zu dringen, zumahl da faſt keiner von den fürſtlichen Agnaten ſich vorfindet der nicht dergleichen gethan hätte? 14

Ob nun wohl 1) in den fürſtlich Sächſiſchen Haus-Verträgen beſonders in dem Haupt-Vergleichsreceſſe vom 24ten Febr. 1680 §. 18. die ausdrückliche Abrede getroffen worden daß keiner von den fürſtlichen Herrn Paciſcenten befugt ſeyn ſolle etwas von ſeinen Aemtern und Intraden, Rechten oder Gerechtigkeiten unter was Vorwand es auch geſchehe zu veräuſſern zu verpfänden oder ſonſt zu beſchweren, 15

Dieſer Vertrag auch 2) auf der geſammten Hand ſich gründet, unter welcher die hohen Chur- und Fürſtlichen Häuſer Sachſen die ſämmtlichen dazu gehörigen Fürſtenthümer Grafſchaften und Herrſchaften tragen, und kraft deren ſämmtliche Lande in einem ſolchen condominio ſtehen nach welchem ſchon an und für ſich die fürſtlichen Lande und die dazu gehörigen Revenüen unveräußerlich ſind, cum ſimultanea inueſtitura ius in feudo cum alio quodammodo commune et ſimultaneum tribuat cui poſſeſſor per alienationem nequit praeiudicare 16

Struuius in ſynt. iur. feud. c. 9. aph. 16.

Solchemnach 3) die dawider unternommene Veräuſſerung ſchlechterdings für nichtig zu halten ſeyn mögte, weil dieſe ſowohl in Anſehung deſſen, daß die Befugniß, dergleichen Veräuſſerungen zu unternehmen durch Hausverträge eingeſchränkt und aufgehoben worden ohne Recht geſchehen ſey, als auch dergleichen Hausverträge beſonders da ſie auf das vorgedachte condominium ſich gründen, die translationem dominii zu hindern vermögen ſi enim pactio contrahentium alienationem inhibuerit, dominii alienatio penitus prohibita eſt 17

L. vlt. C. de reb. alien. non alienandis.

maxime ſi tale pactum rem ipſam afficiat.

Schweder de alienat. bonor. fideic. obnox. §. 30.

Dieſem zu Folge 4) die hohen Agnaten kraft des an den vertheilten fürſtlichen Landen habenden condominii dergleichen Veräuſſerung auch bey Lebzeiten desjenigen der die Veräuſſerung vorgenommen und während deſſen Deſcendenz beſteht, zu impugniren und auf deren Richtigkeits-Erklärung zu dringen berechtigt zu ſeyn ſcheinen; 18

D.

D. a. u. d. 1) in dem nur angeführten Haupt⸗Erbvergleichsreceſſe vom 24ten Febr. 1600 §. 7. wie ſolcher in

Lünigs Reichs⸗Archiv part. ſpec. cont. II. tom. 8. p. 621.

nach ſeinem ganzen Inhalte befindlich iſt, die Abtheilung der fürſtlich Sächſiſchen Lande in dem Maaſſe geſchehen iſt, daß die den hohen fürſtlichen Intereſſenten zugetheilten Aemter Städte und Güter

Ihren fürſtlichen Durchlauchtigkeiten und deren Poſterität mit Vorbehalt der geſammten Hand nunmehr zu allen Zeiten erbeigenthümlich und unwiderruflich verbleiben ſollen,

19 Hingegen 2) den fürſtlichen Agnaten in Abſicht des Succeſſions⸗Rechts die geſammte Hand vorbehalten worden, dieſe aber nur ein condominium futurae ſucceſſionis cauſa conſtitutum wirkt, ſo wie ſie ihrer wahren Eigenſchaft nach unter dem Ausdruck der vorbehaltenen Mitbelehnſchaft und des iuris ſuccedendi in dem angezogenen ſo genannten Liberations⸗Receſſe benannt wird und darin beruhet, quod ex inueſtitura ſimultanea ius ſuccedendi quidem actu primo ſtatim competat, ſed actu ſecundo demum naſcatur inueſtitis, mortuo poſſeſſore ſine liberis

Struuius in ſynt. iur. feud. cap. 9. aph. 16. n. 4.

20 Solchemnach 3) jeder Beſitzer kraft der Hausverträge zu denjenigen Dispoſitionen, welche das darin auf den Landes⸗Antheil zugeeignete erbeigenthümliche Recht und das durch die Belehnung beſtätigte dominium vtile gegeben, berechtigt worden, und dieſe daher auf Lebzeiten des Herzogs und ſeiner Poſterität beſtehen und nicht minder die Beſitzer der veräuſſerten Lehnsſtücke bis dahin gegen alle Anforderungen geſichert ſind, ſi enim vaſallus vendere et alienare potuit; id quod alienatum eſt quoad ipſe vel heredes eius ſuperſtites ſunt, apud emtorem perſeuerare debet, vt ita demum reſoluto iure concedentis reſoluatur ius accipientis

Hart. Piſtor lib. 2. qu. 11. n. 3. et 16.

wie denn deshalb bey ähnlichen Fällen ſchon im gemeinen Lehnrechte verſehen iſt, quod ſeruitus feudo a vaſallo impoſita noceat, quamdiu feudum tenet

II. F. 8. pr.

Horn iurispr. feud. c. 10. §. 5. et 7.

21 Inmittelſt 4) dergleichen Veräuſſerungen den fürſtlichen Agnaten unnachtheilig verbleiben, ihnen daher die Befugniß veräuſſerte Stücke ohne Erlegung des Kaufpreiſes zu revociren eher nicht, als auf erfolgten Lehns⸗Anfall zuſteht, weil dieſelbe ein kraft der geſammten Hand wirklich angefallenes gegenwärtiges ius ſuccedendi vorausſetzt,

22 In mehrerem Betracht daß 5) eines Theils ein Agnat nach gemeinen Lehnrechten eher nicht als bey erfolgtem Lehns⸗Anfall dazu berechtigt iſt, cum reuocatio feudi alienati fiat iure delatae ſucceſſionis, ideoque agnatus mortuo demum alienatore ſine heredibus alienata recuperare poteſt,

II.

II. F. 26. §. 13.
I. F. 18. §. 1.

ius reuocandi enim feudum alienatum a facultate ſuccedendi penitus dependet,

Hartm. Piſtor lib. 2. qu. 6. n. 63.

ideoque nec agnatis nec ſimultanee inueſtitis prius competit, quam ſucceſſio actu ad eos deuoluta eſt.

Horn l. c. cap. 20. §. 11.

Andern Theils 6) Agnaten vor dem erfolgten Succeſſions-Anfalle, als bey wel- 23
chem das Recht veräuſſerte Lehnſtücke wieder einzuziehen erſt erwächſt, kein ius agendi haben, pro iure futuro declarando enim actio non datur

Boehmer de iure futuro cap. 1. §. 6.

Und wenn gleich die geſammte Hand in dem Verſtande daß ſie ein ius in feudo actu iam acquiſitum enthält, als ein ius praeſens und gewiſſer maßen als ein condominium betrachtet wird, dennoch das darauf beruhende ius ſuccedendi als der Grund des iuris reuocandi, von dem künftigen Lehns-Anfalle abhängt.

Dieſem auch 7) die in dem fürſtlichen Hausvertrage vom J. 1680 enthaltene 24
Abrede nicht entgegen ſteht, indem dieſelbe in ſo fern ſolche nach der rechtlichen Natur eines Vertrags betrachtet wird, nur ein ius inter paciſcentes gibt und in ſo fern ſie nach ihrer wahren Beſchaffenheit und Abſicht als ein, auf der geſammten Hand und auf dem iure ſuccedendi, gegründeter Vertrag anzuſehen iſt, auch ein mehreres als kraft der geſammten Hand und des Lehnfolge-Rechts geſchehen kann, zu wirken nicht vermag, und daher nur ſo viel, daß keiner von den fürſtlichen Intereſſenten von ſeinen Aemtern, Intraden oder Gerechtigkeiten zum Nachtheil der übrigen etwas zu veräuſſern befugt ſeyn ſolle, in ſich hält, und dawider das Recht der künftigen Lehns- und Landesfolge verſichert,

Wie denn 8) nicht auſſer rechtlichem Betracht zu laſſen, daß dieſe Auslegung 25
des in den Hausverträgen liegenden Veräuſſerungs-Verbotes in ſämmtlichen fürſtlich Sächſiſchen Häuſern auf eine thätige Weiſe anerkannt worden, indem ſo viel ähnliche Veräuſſerungen in demſelben auch vorgefallen ſind, dennoch ſolche bey Lebzeiten eines regierenden Fürſten oder deſſen Deſcendenten von den Agnaten nie angefochten ſondern höchſtens, wie auch im gegenwärtigen Fall geſchehen, die zuſtehenden Gerechtſame auf den künftigen Succeſſions-Fall proteſtando verwahrt worden,

Daraus zugleich 9) die angeführten Zweifels-Gründe von ſelbſt ſich erledigen, 26
indem die Verträge und die entgegenſtehenden Gründe nullitatem abſolutam alienationis nicht erhärten, und wenn auch dergleichen Veräuſſerung in Anſehung der Agnaten ungültig und nichtig iſt, dennoch dieſes nur eine ſolche nullitatem reſpectiuam anzeigt, auf welche Agnaten eher nicht als nach erlangter Succeſſion in Lehn und Landen ſich zu gründen und veräuſſerte Stücke des Lehns und Landes einzuziehen berechtigt ſind;

27 Als ſind wir der rechtlichen Meinung:

daß den fürſtlichen Agnaten aus den in der Recuperations-Klage angeführten Hausverträgen bey Lebzeiten des regierenden Herzogs und ſeiner Deſcendenz eine Befugniß nicht zuſtehe, auf die Richtigkeit der ergangenen Käufe zu dringen.

Dritte Frage.

28 Ob klagender Anwald der Kaiſerlichen Debit- und Adminiſtrations-Commiſſion dieſe Hausverträge woraus nur die contrahirenden Theile ein Recht haben pro fundamento agendi annehmen könne oder ob nicht vielmehr dieſes alles die Rechte eines Dritten und der Agnaten betreffe?

29 Ob nun wohl erſtlich klagender Anwald der Kaiſerlichen Debit-Commiſſion in der gegen den Hof-Agenten A. erhobenen Klage auf die Verfaſſung des Chur- und Fürſtlichen Hauſes Sachſen, auf die in demſelben errichteten Hausverträge und beſonders auf den fürſtlichen Erbtheilungs-Receß vom J. 1680 und den darin enthaltenen Vertrag von den zugetheilten Landes-Portionen und deren Antheilen nichts zu veräuſſern, als auf ein durch die geſammte Hand unterſtütztes Pactum ſich bezogen, daneben auch angeführt hat, daß ſämmtliche fürſtliche Agnaten wider die geſchehene Veräuſſerung verſchiedener zur H—iſchen Landes-Portion gehöriger Stücke ihr an dieſelben habendes condominium durch Proteſtation geſichert, und bey Kaiſerlicher Majeſtät um die Aufrechthaltung der Haus-Verfaſſung und pactorum domus ſowohl, als auch um die Annullirung der Haus-Verfaſſungswidrig vorgenommenen Veräuſſerungen gebeten,

30 Ferner 2) derſelbe Anwald in der wider den Freyherrn W. von T. angebrachten Klage noch dieſes inſonderheit zum Grund gelegt hat, daß, weil der Fürſtliche Erbtheilungs-Receß vom J. 1680 von Kaiſer Leopold ſeinem ganzen Inhalte nach unter dem 4ten Oct. 1686 confirmirt und den fürſtlichen Intereſſenten demſelben nachzuleben und nichts dagegen zu thun und vorzunehmen dabey anbefohlen worden, derſelbe kraft ſolcher Confirmation in Anſehung der nicht zu veräuſſernden Aemter, Intraden und Gerechtigkeiten ein ſtarkes Verbot in ſich enthalte,

31 Gleichwohl 3) prohibitio legis translationem dominii dergeſtalt behindere, daß eine dagegen vorgenommene Veräuſſerung null und nichtig und dagegen rei vindicatio zu allen Zeiten ſtatt finde, und daraus Kläger einen rechtlichen Grund die Vindication der abgeriſſenen Stücke zu erheben, und auf die Zurückgabe der veräuſſerten Stücke zu dringen, für ſich zu haben ſcheinen,

32 D. a. u. d. 1) der klagende Hof-Advocat D. beyde gegen den Hof-Agenten A. und gegen den Freyherrn W. von T. erhobene Klagen bloß aus dem, der Landesauulſorum halben ergangenen allgemeinen Auftrage der Kaiſerlichen Debit- und Adminiſtrations-Commiſſion angeſtellt hat, dieſelbe aber weder aus einem Recht des durchlauchtigſten Schuldners noch auch aus den Rechten der Gläubiger, woraus ſonſt un-

unter gewiſſen Umſtänden Veräuſſerungen der Schuldner angeſprochen werden mögen, begründet hat,

Hingegen 2) der von demſelben angezogene Grund der Klage, daß die libellir= ten Veräuſſerungen der Verfaſſung des fürſtlich Sächſiſchen Hauſes und deſſen Haus= verträgen zuwider eingegangen ſeyen, bloß und allein die Gerechtſame der ſämmtli= chen Chur und Fürſten zu Sachſen anbetrift inmaßen alles was aus Hausverträgen herrührt und die Verfaſſung des fürſtlichen Hauſes angeht zu den alleinigen Gerecht= ſamen der hohen contrahirenden Theile und der fürſtlichen Glieder des Hauſes nach der Natur aller Verträge und nach der darauf beruhenden rechtlichen Verordnung gehört 33

L. 1. C. de transact.

Gleichwohl 3) aus Rechten und Gerechtſamen eines Dritten ohne von dieſem dazu beſonders ſich legitimiren zu können überhaupt nicht geklagt werden mag, eſt enim iuri conſonum, quod ex iure tertii agere non liceat nec de iure tertii excipere 34

Meuius P. IV. dec. 284.

wohlfolglich an einem Grunde zu klagen es gänzlich mangelt;

Kläger auch 4) dieſen Mangel aus den Anlagen der Klage zu erſetzen nicht ver= mag, inmaßen das Angeben, als ob die fürſtlich Sächſiſchen Agnaten auf Annullirung der ergangenen Veräuſſerungen angetragen hätten weder darin enthalten iſt, noch auch Klägern zu ſtatten kommen würde, vielmehr daraus ſoviel erhellet, daß die fürſt= lich Sächſiſchen Agnaten die bey den geſchehenen Veräuſſerungen vorwaltenden eige= nen Gerechtſame des Verkäufers anerkannt, und ihre auf den Succeſſions=Fall zuſte= hende Befugniſſe bloß mittelſt eingelegter Proteſtation zu verwahren geſinnt geweſen ſind, und damit ſelbſt eingeräumt haben, daß ihnen wie die bey der vorigen Frage an= gebrachten Gründe ergeben, vor erfolgtem Lehn= und Landes=Anfall keine Befugniß auf Annullirung der von dem regierenden Herzog geſchehenen Veräuſſerungen anzudringen zuſtehe, 35

Solchemnach 5) da hiebey den fürſtlichen Agnaten noch zur Zeit ein ius agendi nicht erwachſen noch weniger Kläger ſich darauf beziehen mag, da derſelbe das ange= brachte Suchen aus Gerechtſamen welche den fürſtlichen Agnaten eigen ſind zu begrün= den überhaupt nicht befugt iſt,

Hiebey auch 6) Klägern die angeführte Confirmation mittelſt welcher der Haus= vertrag vom Jahr 1680 beſtätigt worden, nicht zu ſtatten kommt, inmaßen das Ange= ben daß dergleichen beſtätigte Verträge vermöge des in der Confirmation enthaltenen Zuſatzes nichts gegen das beſtätigte Pactum zu unternehmen die Kraft eines Geſetzes erhalten weder in der Natur und Eigenſchaft der Confirmation, noch in den poſitiven Rechten gegründet iſt, confirmatio enim ius nouum non tribuit, ſed ſolum ius quod competebat conſeruat et roborat 36

C. 4. X. de confirmat. vtili.

Schweder de confirmatione iurium ac priuil. ab imperat. ſtat. imp. fact. §. 17.

Boehmer in iur. eccleſ. prot. lib. II. tit. 30. §. 3.

dahin auch der Befehl des confirmantis dem beſtätigten Vertrage nicht entgegen zu handeln gerichtet und dadurch die Beſtätigung und Befeſtigung der aus dem Vertrag herrührenden Verbindlichkeiten bewirkt wird,

37 Solchemnach 7) der von den contrahirenden Theilen nachgeſuchten Kaiſerlichen Confirmation ungeachtet die aus dem Hausvertrage vom Jahr 1680 herrührenden Gerechtſame nur ihnen einzig und allein zuſtehen, dieſe auch in Anſehung des Anſpruchs auf veräuſſerte Landes-Stücke eben ſo wenig aus der Kaiſerlichen Confirmation als aus dem Hausvertrage ſelbſt vor erfolgtem Lehn- und Landes-Anfall erwachſen, hingegen ein Dritter weder aus der Kaiſerlichen Confirmation noch auch aus dem beſtätigten Vertrage irgend ein Recht ſich zuzueignen befugt iſt, und daher dem Kläger bey der erhobenen Klage an einem rechtlichen fundamento agendi es mangelt,

38 So erachten wir den Rechten gemäß zu ſeyn:

Daß klagender Anwald der Kaiſerlichen Debit- und Adminiſtrations-Commiſſion die angezogenen Hausverträge, weil daraus nur die contrahirenden Theile ein Recht haben und dieſe bloß das ius agnatorum betreffen pro fundamento agendi anzunehmen keinen rechtlichen Grund für ſich hat.

Vierte Frage:

39 Ob des klagenden Anwalds der Kaiſerlichen Debit- und Adminiſtrations-Commiſſion gegen den Cammer-Junker Freyherrn von T. angebrachte Klage, dadurch nicht mit vereitelt werde, weil letzterer ſich declarirt hat, das camerale und oeconomicum ſeines Kaufs der dermahligen Kaiſerlichen Debit- und Adminiſtrations-Commiſſion zu überlaſſen, ſonach alſo weiter nichts als die Rechte, welche ad regiminalia gehören, übrig bleiben; und ob nicht dieſe ihm von Kaiſerlicher Debit- und Adminiſtrations-Commiſſion um ſo weniger benommen werden können, als ſolche unter dem ihr ertheilten allerhöchſten Auftrage nicht mitbegriffen ſind und nicht mit begriffen werden können?

40 Ob nun wohl 1) bey der gegen den Freyherrn von T. erhobenen Klage der beſondere Grund angeführt worden, daß der Wiederkaufs-Contract mittelſt deſſen demſelben die Erbgerichte und Dorfs-Herrſchaft zu St. nebſt andern Gerechtigkeiten verliehen ſind, nach bereits erkannter Kaiſerlichen Debit- und Adminiſtrations-Commiſſion geſchloſſen worden und derſelbe daher in Betracht deſſen daß dem Landesfürſten die facultas alienandi nicht mehr zugeſtanden, nach gleichen Rechten wie eine nach eröfnetem concurſu creditorum eingegangene Veräuſſerung gänzlich und ſeinem ganzen Inhalte nach für ungültig angeſehen werden mögte,

Bevorab 2) der in der Frage bemerkte Unterſchied deshalb einige Anwendung nicht leiden dürfte, weil auch dasjenige, ſo ad regiminalia gehört von einem regierenden Landes-Herrn gegen die vorhin bemerkten Haus-Verträge ohne Einwilligung der fürſtlichen Agnaten mit vollem Beſtand nicht verliehen werden können,

D.

D. a. u. d. 1) der qu. Wiederkaufs-Contract principaliter die Verleihung der 41
Erbgerichte der Dorf-Herrſchaft nebſt einigen andern Gerechtigkeiten zu St., mithin ſolche Gerechtſame vornehmlich zum Gegenſtand hat, welche ad regiminalia gehören, davon aber nur einige in den ſtatum cameralem et oeconomicum zugleich einen Einfluß haben,

Und dann 2) die darin geſchehene Verleihung der regiminalium auch nach allerhöchſt verordneter Kaiſerlicher Debit- und Adminiſtrations-Commiſſion ohne Anſtand wohl geſchehen können, weil ſolche kraft hochpreislichen Reichs-Hofraths-Concluſums vom 28ten Jul. und vom 23ten Dec. 1769 nur die H—iſchen Aemter und Lande, ſo viel das Camerale und oeconomicum betrift in Adminiſtration zu nehmen, angewieſen worden, wohlerwogen alles dasjenige, ſo die Landes-Regierung betrift, ſowohl kraft obgedachter Kaiſerlichen Verordnungen als in Kraft

Kaiſerlicher Wahl-Capitulation Art. 1. §. 4.

dem regierenden Herzog unbenommen geblieben,

Hingegen 3) in Anſehung deſſen was von dieſer Verleihung in den ſtatum came- 42
ralem et oeconomicum einſchlagen mag, der Freyherr von T. die Erklärung unterm 26ten Jul. 1771. dahin gethan hat, daß er nicht geſonnen ſey, der höchſt anſehnlichen Kaiſerlichen Commiſſion und den von daher erlaſſenen commiſſariſchen Verordnungen in ſo fern dieſelben das camerale et oeconomicum betrafen, zu reſiſtiren, ſondern ſolche ohne die mindeſte Reſiſtenz zu befolgen, oder von ſeinen Vögten und Unterſaſſen befolgen zu laſſen, bereit ſey,

Da dieſe Erklärung aber 4) ihrem weſentlichen Inhalte nach dahin geht, daß derſelbe ſich aus dem qu. Wieder-Kaufs-Contracte, ſo fern er das camerale et oeconomicum betreffe, keiner Befugniß anmaßen, ſondern den deshalb ergangenen commiſſariſchen Verordnungen ſchuldige Folge leiſten wolle, folglich dadurch und wenn dieſe Erklärung nochmahls unumwunden ad acta geſchieht, der Grund welcher daraus hergenommen iſt, daß dieſe Abtretung nach eröfneter Kaiſerlicher Commiſſion geſchehen, ſeine Erledigung erhält,

In mehrerem Betracht daß 5) dieſer Grund der Klage nicht weiter gezogen werden kann, als in ſo fern zugleich über Gegenſtände die ad camerale et oeconomicum gehören, disponirt iſt, mithin in Anſehung der vermöge der zuſtehenden Landes-Regierung geſchehenen Verleihung der Regiminalien als dem Haupt-Gegenſtand des qu. Wiederkaufs-Contracts ſeine Anwendung gänzlich verliehrt,

Ferner auch 6) ein Unterſchied unter demjenigen, was zu der Regierung und zur 43
cameraliſtiſchen und oeconomiſchen Behörde gehört, eben ſowohl in der Natur der Sache als in den beſtimmten und feſtgeſetzten Gränzen der Kaiſerlichen Commiſſion gegründet iſt, wohlfolglich einen ſichern und reichsgeſetzlichen Grund zur Anwendung bey dem in Frage ſtehenden Wiederkauf-Contract enthält,

Uebrigens 7) Kläger die verliehenen Regiminalien aus den fürſtlichen Haus-Verträgen mithin aus Gründen, welche die Gerechtſame der fürſtlichen Agnaten auf den künftigen Landes-Anfall betreffen anzufechten einen rechtlichen Grund nicht für ſich hat, und dabey die in der 2ten und 3ten Frage angeführten Rechts-Gründe eintreten,

Als halten wir den Rechten nach dafür:

44 Daß die gegen den Freyherrn von T. angebrachte Klage in ſo fern ſie auf eine nach eröfneter Kaiſerlichen Debit- und Adminiſtrations-Commiſſion mit Beſtand nicht unternommene Dispoſition gerichtet iſt, durch die vom letztern ertheilte Declaration, das camerale et oeconomicum ſeines Kaufs der dermahligen Kaiſerlichen Debit- und Adminiſtrations-Commiſſion zu überlaſſen, und deſſen ſich nicht anzumaßen erledigt wird, hingegen der angezogene Grund der Klage bey den in dem Contracte verliehenen übrigen Rechten, welche ad regiminalia gehören, die Anwendung gänzlich verliehrt. 1772.

Num. 114.

Num. 114.

DECISIO.

THEMA GENERALE.

De vi hypothecae absque domini conſenſu feudo impoſitae adverſus tertium feudi poſſeſſorem.

ARGVMENTA SPECIALIA.

Sententia. n. 1.

Rationes dubitandi.

Hypotheca absque conſenſu domini in feudo conſtituta, quoad fructus feudi in praeiudicium vaſalli et ſucceſſorum conſentientium valida eſt. n. 2.

Valet itaque etiam intuitu eius qui cauſam poſſeſſionis ab illis habet. n. 3.

Defectus conſenſus domini a tertio allegari nequit. n. 4.

Ad effectum conſtituendi iuris realis ſufficere videtur confirmatio iudicialis imprimis in feudis immediatae nobilitatis. n. 5. 6.

Exceptio ordinis in foris Saxonicis intuitu feudi locum non habet. n. 7.

Rationes decidendi.

Absque domini directi conſenſu ſubſtantiae feudi hypotheca imponi nequit. n. 8. 13. 18.

Hypotheca a vaſallo vel ſolo vel cum conſenſu agnatorum feudo impoſita, intuitu fructuum tam diu valida eſt, quam ab his poſſidetur. n. 9.

Non vero intuitu tertii poſſeſſoris. n. 10. 18.

Qualis eſt is cui feudum venditum vel tanquam ſubfeudum datum eſt. n. 11.

Vti res iudicata ita immiſſio non valet contra tertium. n. 12.

Exceptio nullitatis etiam tertio prodeſt. n. 13.

Conſenſus in oppignorationem in iudicio feudali quaeri debet. n. 14.

Libera poteſtas ſtatuum imperii feuda oppignorandi, feuda regalia tantum concernit. n. 15.

Scientia iuris innocui praeiudicium inferre nequit. n. 16.

Iure hypothecae in litem vocato res non fit litigioſa. n. 17.

Concluſio. n. 19.

Urtheil.

Als uns Läuterungs-Schriften in Sachen des Freyherrn von G. Imploranten an einem, wider den Beſitzer des adlichen D—iſchen Mannlehn-Guts zu M. Caspar Z und Conſorten Imploraten am andern Theile nebſt deshalb verhandelten und andern Acten zugefertigt und wir ein in den Rechten gegründetes Erkenntniß darüber abzufaſſen gebeten;

Dem-

Demnach erkennen wir für Recht:

1 Nunmehr aus den Acten und der Partheyen Einbringen ſo viel zu befinden, daß die verlangte Immiſſion in obgedachtes D—iſches Lehn ſo lange bis Implorant wegen Capitals und rückſtändiger Intereſſen vollkommen von den jährlichen Revenüen befriedigt worden, nicht bloß noch zur Zeit, ſondern überall nicht ſtatt hat, und daher der im vorigen Urtheile aufgelegte und nachgelaſſene Beweis für unerheblich und unſtatthaft zu halten, folglich Imploraт des von Imploranten an ihn gemachten Anſpruchs halber gänzlich zu entbinden und loszuſprechen: beiderſeits deshalb aufgewandte Koſten ſind aber aus bewegenden Urſachen gegen einander zu vergleichen und aufzuheben. V. R. W.

Zweifels- und Entſcheidungs-Gründe.

2 Obwohl das qu. Mannlehn und Freygut von dem Teutſchen Ordens-Ritter und Commenthur von D. mittelſt einer unterm 27ten September 1731 ausgeſtellten und von der Ritter-Hauptmannſchaft Orts Röhn-Werre beſtätigten Verſchreibung dem Erblaſſer der Imploranten zur Hypothek eingeſetzt, ſolches auch von des Schuldners Bruder dem Geheimen Rath von D. als nächſtem Lehnfolger bewilligt worden iſt,

Dergleichen Hypothek jedoch, wenn ſie gleich ohne lehnsherrliche Einwilligung beſtellt iſt, zum mindeſten in Anſehung der ſämmtlichen Früchte und Nutzungen des Lehns, weil dieſe allodial ſind gegen den vaſallum debitorem und gegen die conſentirenden Lehnfolger und deren Deſcendenten von der Kraft und Wirkung iſt, daß aus den Lehns-Nutzungen die Befriedigung der verſicherten Schuld geſucht werden kann,

Horn in iurispr. feud. c. 19. §. 3.
Bauer de hyp. feud. absque conſenſu agnat. ſubſiſtente §. 19.
Boehmer de hypoth. feud. c. 2. §. 16.

3 Gleichwohl Implorat gedachtes Freygut von den Söhnen des conſentirenden Lehnfolgers unterm 20ten Oct. 1750 erkauft und zu Afterlehn empfangen und deswegen die darauf haftende Hypothek gegen den Imploraten von gleicher Wirkung um ſo mehr zu ſeyn ſcheint, als er cauſam poſſeſſionis von jenem erlangt und ſonſt in den Rechten bekannt iſt, quod res transeat cum ſuo onere, in mehrerem Betracht, daß Implorat bey dem Ankauf des Freyguts in der Wiſſenſchaft der geſchehenen Verſchreibung geſtanden haben ſoll, nicht minder ſolcher Verkauf während der in foro equeſtri gegen den Ordens-Ritter und Commenthur von D. erhobenen Klage geſchehen und daß daher das Lehn res litigioſa geweſen ſey, Implorant zu behaupten geſucht,

4 Dagegen der vorgeſchützte Mangel der lehnherrlichen Einwilligung eine exceptionem de iure tertii in ſich zu halten, und um ſo weniger in Betracht zu kommen ſcheint, als bey blühendem Stamme der Vaſallen den lehnherrlichen Rechten aus einer ſolchen Hypothek kein Nachtheil erwachſen kann,

Viel-

Vielmehr die von dem Fränkiſchen Ritterort Röhn-Werre in obgedachte Schuld- 5
und Pfand-Verſchreibung ertheilte Beſtätigung in Erwägung deſſen, daß das qu.
Freygut nach Inhalt des Kaufbriefs gedachtem Ritterort incorporirt iſt, ad effectum
iuris realis conſtituendi für hinlänglich geachtet werden möchte,

Bevorab Implorant vermeinen will, daß reichsunmittelbare von Adel bey ihren 6
vom Reiche oder von Reichs-Ständen herrührenden Lehnen einer größern, und der
Freyheit, ſolche Lehngüter auch ohne lehnherrliche Bewilligung unter ſtehenden
Stamm der Vaſallen, mit Hypotheken zu belegen, zu genießen haben,

Solchemnach aber und wenn die auf das gedachte Freygut beſtellte Hypothek für 7
rechtsbeſtändig zu halten, daraus nicht allein der Imploraten Leuterungs-Beſchwerde
ihre Erledigung zu gewinnen ſcheint, ſondern auch dagegen des Implorantens Leute-
rungs-Beſchwerden einen Anſchein zu erlangen ſcheinen, und die von Imploranten
gebetene Immiſſion in die Lehns-Revenüen ohne Führung desjenigen Beweiſes, wel-
cher bey einer gegen einen dritten Beſitzer angeſtellten hypothecariſchen Klage ſonſt
erfordert wird, um ſo mehr ſtatt finden möchte, als das dem Schuldner zur Zeit der
ausgeſtellten Verſchreibung zugeſtandene dominium et poſſeſſio, in antea actis in
Streit nicht gezogen und ſonſt auf exceptionem ordinis bey Lehn-Gütern in foris ſaxo-
nicis keine Rückſicht genommen wird

Heigius P. 11. qu. 40.
Berlich P. 2. concl. 56. n. 49.

ſolchergeſtalt daß anders als geſchehen in beyder Leuterungen zu erkennen geweſen, es
das Anſehen gewinnen dürfte,

Dennoch aber und dieweil die angezogene Hypothek ohne nachgeſuchte Einwilligung 8
des Würzburgiſchen Lehnhofs von welchem das qu. Freygut von dem D—iſchen Ge-
ſchlechte zu Lehn getragen wird dem Erblaſſer der Imploranten beſtellt worden, gleich-
wohl den Rechten nach eine Hypothek auf ein Lehn dergeſtalt, daß daraus ein dingli-
ches Recht in ſubſtantiam feudi erwachſe, ohne lehnherrliche Einwilligung nicht ge-
legt werden kann

II. F. 55.
Vulteius de feud. lib. 1. c. 10. n. 43.
Struuius in ſynt. iur. feud. cap. 13. aph. 7. n. 1. 2.
Roſenthal de feud. c. 9. concl. 14. n. 1.

Und wenn gleich die von dem debitore vaſallo mit Einwilligung ſeines Bruders 9
und Lehnfolgers beſtellte Hypothek in Anſehung der zum Allodium gehörigen Früchte
und Nutzungen des qu. Freyguts beſtehen können, demnach ſolches nur in Anſehung
beyder, des debitoris und agnati conſentientis et vtriusque heredum, ſo lange ſie in
dem Beſitz und Genuß des Lehns verbleiben, eine Wirkung zu gewinnen,

Hingegen dieſe gegen einen dritten Beſitzer zu erhalten nicht vermogt hat, aller- 10
maſſen weder das praedium ſelbſt als welches ohne lehnherrlichen Conſens mit einer

Hypothek nicht belegt werden können, noch auch die daraus fallenden Revenüen als welche der dritte Beſitzer bloß iure praedii zu genießen hat, unter dem nexu hypothecae ſtehen,

11 Und dann Implorat das qu. Freygut nachdem der debitor principalis ſolches ſeinem Bruder dem geheimen Rath von D. abgetreten von des letztern beyden Söhnen mit lehnherrlicher Einwilligung titulo emtionis et ſubinfeudationis mithin zu afterlehnbarem Eigenthums-Recht nach Maßgebung des Kaufbriefs erhalten, mithin als dritter Beſitzer beſagten Freyguts anzuſehen und deshalb die ohne Einwilligung des Lehnhofs gegebene Hypothek gegen ihn von keiner rechtlichen Wirkung iſt,

12 Weshalb Implorant, der gegen ſeinen eigentlichen und Haupt-Schuldner, den Land-Commenthur von D. ausgeklagten Schuld wegen, die Immiſſion in die Revenüen des von dem Imploraten titulo ſingulari erlangten Guts zu ſuchen die Befugniß nicht für ſich hat, uti enim res iudicata non valet contra tertium, ita nec immiſſio contra eum decerni poteſt

Gail obſ. Lib. I. obſ. 118. n. 1.

13 In mehrerer Erwägung daß theils die irrequiſito domini conſenſu ertheilte Hypothek das Lehn nicht afficirt und pro onere feudi nicht zu halten iſt, mithin die Rechtslehre quod res transeat cum ſuo onere, ihre Anwendung dabey verliehret, theils der eingewandte Mangel der lehnherrlichen Einwilligung einen defectum ſubſtantialem hypothecae wirkt, und die daraus erwachſende exceptio nullitatis einem tertio zu ſtatten kommt, exceptio enim de iure tertii qua excluditur ius agentis vnicuique prodeſt ipſo iure

Mevius P. IV. dec. 33. n. 6.

theils auch ein dritter Beſitzer wenn er gleich cauſam poſſidendi ex titulo ſingulari von dem andern erhalten dennoch deſſen facta zu präſtiren nicht verbunden iſt,

14 Hiernächſt die von dem iudicio equeſtri ertheilte Beſtätigung der Schuld- und Pfand-Verſchreibung ihrer Natur und Eigenſchaft nach einen lehnherrlichen Conſens nicht enthält, vielmehr die Ertheilung des letztern zu den eigenen Rechten des Lehn-Herrn gehört, ſo ihm nicht entzogen und deren Abgang durch eine auswärts ertheilte Confirmation um ſo weniger erſetzt werden kann, als nicht einmahl eine von dem iudicio ordinario des Lehn-Herrn gegebene Beſtätigung den conſenſum feudalem, welcher in den Lehn-Gerichten allein zu ertheilen iſt, zu erſetzen vermag, nuda vero confirmatio contractus in quo feudum hypothecae ſubiectum eſt, non inducit conſenſum in hypothecam

Horn l. c. cap. 19. §. 4.

15 Wie denn auch von der den Reichs-Ständen in Anſehung einer freyern Verpfändung hergebrachten Befugniß, weil dieſe bloß feuda imperii regalia betrift,

Frommann de licita oppignorat. feud. regalium §. 24.

auf gegenwärtigen Fall, wo von einem dem Würzburgiſchen Lehn-Hofe lehnbaren feudo priuato die Frage iſt, eine Folge nicht gezogen werden kann,

Endlich

Endlich die Erörterung der Frage ob Implorat bey dem Ankauf des qu. Mann= 16
lehns und Freyguts von gedachter Hypothek Wiſſenſchaft erlangt habe, in Betrachtung deſſen, daß die Wiſſenſchaft eines unſchädlichen Rechts unnachtheilig iſt, für unerheblich zu halten,

Am wenigſten aber das qu. Freygut dadurch daß Implorant gegen den debito- 17
rem principalem aus der Schuld= und Pfand Verſchreibung Klage erhoben hat, die qualitatem rei litigioſae erhalten hat, allermaßen ex iure hypothecae in litem vocato die Sache ſelbſt niemahls res litigioſa wird

Nov. 112. c. 1.

Solchemnach Implorantens angebrachtes Immiſſions=Geſuch um aus den Nutzungen des Freyguts ſeine Befriedigung wegen des gegen den Land=Commenthur von D. ausgeklagten Capitals und Zinſen zu ſuchen überhaupt für ſtatthaft nicht zu achten,

Und aus gleichen Gründen der im vorigen Urtheile Imploranten vorbehaltene 18
Beweis für unerheblich zu erkennen und daraus auch zugleich Implorantens Leuterungs=Beſchwerden ſich erledigen, allermaßen der angezogene Beweis eine mit lehnherrlicher Einwilligung conſtituirte Hypothek aus welcher gegen einen dritten Beſitzer geklagt werden kann, zum voraus ſetzt, daran aber im gegenwärtigen Falle es gänzlich mangelt,

Dieſem auch nicht entgegen ſteht, daß Imploratens Verkäufer als filii agnati conſentientis aus dem in die Schuld= und Pfand=Verſchreibung ertheilten Conſenſe verbunden werden können, allermaßen die bewilligte Hypothek weiter nicht als intuitu fructuum feudi in ſo fern dieſe zu dem Allodio der conſentirenden Agnaten zu rechnen ſind, nicht aber intuitu ſubſtantiae feudi mithin auch nicht gegen einen tertium feudi poſſeſſorem von Wirkung ſeyn kann, ex hypotheca enim abſque domini conſenſu conſtituta tertius feudi poſſeſſor actione hypothecaria conueniri nequit, vel maxime agnati conſenſerint,

J. H. Boehmer de hypoth. feud. cap. 2. §. 28.

nec ex tali hypotheca in quam agnati non interueniente domini conſenſu, conſenſerunt onus feudale oritur

Struv. ſynt. iur. feud. c. 14. §. 22.

Uebrigens Implorant aus den bey der Sache eintretenden Umſtänden eine probabilem litigandi cauſam als auch das vorige Urtheil vor ſich gehabt, und daher die Koſten des Proceſſes zu vergleichen geweſen,

Als ſind wir wie im Urtheil geſchehen, zu erkennen bewogen worden 1770. 19

Num. 115.

RESPONSVM.

THEMA GENERALE.

De agnato ex conſenſu in debita feudo impoſita ſubſidiarie demum obligato.

Argvmenta specialia.

Species facti. n. 1.
Quaeſtio. n. 2.

Rationes dubitandi.

Debita conſenſu agnatorum munita iure Saxonico principaliter e feudo ſoluenda. n. 3.
Imprimis ſi agnati ſeſe ad ſoluendum tanquam *Selbſtſchuldner* obſtinxerunt. n. 4.

Rationes decidendi.

Debita feudalia abſolute talia quilibet feudi poſſeſſor principaliter ſoluere debet. n. 5.
Si agnati in oppignorationem feudi tantum conſenſerunt, iis exceptio excuſſionis competit. n. 6.
Si tanquam fideiuſſores interceſſerunt iterum beneficio excuſſionis vti poſſunt. n. 7.
Nec clauſula *als Selbſtſchuldner* vſum huius exceptionis impedit. n. 8. 10.
Sunt enim talia debita tantum feudalia in ſubſidium talia. n. 9.

Rechtsgutachten.

Als uns eine Geſchichts-Erzählung nebſt einer Frage zugeſchickt und wir unſere rechtliche Meinung zu ertheilen gebeten worden demnach erachten wir nach fleiſſiger deren Erwägung für Recht:

1 Hat Cajus Lehngüter und mit ſolchen darauf haftende Schulden überkommen, iſt auch genöthigt worden zu Abfindung der Landerben noch mehrere Gelder aufzuleihen, um nun ſeine Gläubiger ſicher zu ſtellen hat er von ſeinen Agnaten eine ſchriftliche Verſicherung erhalten, kraft deren ſie ſich verbindlich gemacht, daß im Fall Cajus binnen 16 Jahren ohne männliche Erben ſterben folglich die Lehngüter auf ſie vererbfället werden ſollten, ſie alsdann für 16000 als Selbſtſchuldner ſtehen wollten, und erwächſt daraus die

Frage:

2 Ob die Agnaten gehalten ſind, nach Abgang des Cajus benannte 16000 Thlr. alsbald aus den Lehngütern zu bezahlen, oder ob vorher des Cajus hinterlaſſenes Allodium angegriffen werden müſſe, und das Lehn nur in ſubſidium hafte?

Ob

Ob nun wohl 1) einige Rechtslehrer der Meinung ſind, daß weil die von einem 3
Vaſallen contrahirten Schulden durch die von den Agnaten auf das Lehn gegebene Einwilligung die Eigenſchaft der Lehnſchulden dergeſtalt erhalten daß ſolche ante excuſſionem allodii aus dem Lehn ſchlechterdings zu bezahlen

Roſenthal de feudis c. 10. concl. 45. n. 7.
Rauchbar quaeſt. P. I. q. 44.
Hildebrand de excuſſ. allod. ante feud. §. 9.

ſolche Meinung auch 2) in Churſachſen durch eine beſondere Conſtitution beſtätigt iſt

Carpzov def. for. P. II. C. 46. def. 7.

und ſonderlich in dem Falle behauptet werden möchte wenn die Agnaten für ihre Perſon zur Bezahlung der Schulden ſich verbindlich gemacht 4

Carpzov l. c. def. 10.

dergleichen Verſicherung 3) im gegenwärtigen Falle überdem unter der Clauſel, als Selbſtſchuldner, geſchehen, und daraus ſo viel, daß die Agnaten, wenn das Lehn innerhalb 16 Jahren an ſie fallen würde, aeque principaliter, wie der Vaſall, dafür zu haften ſchuldig ſeyen, gefolgert werden dürfte, und verſchiedene Rechtslehrer bey der Auslegung der obgedachten Clauſel dieſe Meinung hegen, quod is qui obligationi tanquam Selbſtſchuldner ſubſcripſit, non gaudeat beneficio excuſſionis.

Mevius part. 9. dec. 186. n. 10.
Gail Lib. II. obſ. 28.
Zanger de except. p. 2. c. 16. n. 15.
Berlich p. 2. c. 23. n. 4.

ſolchemnach daß die Agnaten nach Abgang des Cajus die qu. 16000 Thlr. alſobald aus dem Lehn zu bezahlen ſchuldig zu achten es das Anſehn haben dürfte.

D. a. u. d. 1) bey gegenwärtiger Frage die Qualität der Schulden in welche 5
die Agnaten conſentirt, zuvörderſt in Erwägung zu ziehen und da in facto darüber nichts geſagt worden, wir in Anſehung derſelben zum voraus ſetzen, daß darunter debita feudalia abſoluta ſiue ſimpliciter talia nicht begriffen ſind, als welche die Lehnfolger auch ohne eine ertheilte Verſicherung ſchlechterdings aus dem Lehn zu bezahlen ſchuldig ſind,

Struv ſynt. iur. feud. cap. 14. §. 6. ſqq.

Hiernächſt 2) ſo viel die von den Agnaten ertheilte Verſicherung betrifft, dieſe 6
entweder zugleich in einer Einwilligung in die Verhypothecirung der Lehngüter oder allein in einer perſönlichen Verſicherung des Cajus Schulden zu bezahlen beruhet, in beyden Fällen aber Agnaten nur in ſubſidium verbunden ſind

allermaaſſen 3) in dem erſten Falle wenn das für die Schulden verpfändete Lehn an ſie fällt ſie als poſſeſſores rei oppignoratae anzuſehen und daher das dieſen in den Rechten beygelegte beneficium excuſſionis zu genieſſen haben

Nov. 4. c. 2.

vti enim alius poſſeſſor rei hypothecatae ſe tueri poteſt exceptione excuſſionis, donec debitor principalis eiusque heredes non ſunt ſoluendo: ita quidem quoque agnatis, feudo ad ipſos deuoluto tamquam poſſeſſoribus rei hypothecatae concedendum eſt

Struv loco cit. c. 14. §. 24.
Berlich P. II. concl. 55. n. 36.
Schrader de feud. P. VII. c. 7. n. 42.
Kreſſ de debit. ex feudo ſolv. c. 4. §. 26.

ideoque agnati ex conſenſu in hypothecam feudi in ſubſidium nec prius quam excuſſis prius bonis allodialibus conueniri poſſunt,

Kohl in exercit. legal. ex. 3. n. 28. ſqq.

7 Hergegen 4) in dem andern Falle, und wenn die Verſicherung der Agnaten die Schulden des Cajus zu bezahlen nur als eine perſonal Verbindlichkeit anzuſehen, dieſe die Natur und Eigenſchaft einer Bürgſchaft hat und bey dieſer den Agnaten als Bürgen des beneficium excuſſionis den Rechten nach zu ſtatten kommt,

Nov. 4. cit.
Auth. praeſente C. de fideiuſſ.

8 und die bey ſolcher Verſicherung befindliche Clauſel, als Selbſtſchuldner, im Rechtsverſtande ein mehreres nicht ausdrückt, als daß die Agnaten als debitores aeque principales zu achten, dafür alle Bürgen den Rechten nach gehalten werden, vt aeque principaliter ac ipſe debitor ſtricto iure conueniri poſſint.

L. 19. C. de fideiuſſ.

und dieſe nichts deſto weniger das beneficium excuſſionis für ſich haben, nec enim fideiuſſor ſe obligans, tamquam principalem, quidquam aliud agit, quam vt oſtendat animum enixum pro reo ſoluendi, tum ſcilicet quando debitor non eſt ſoluendo et ſaluo ſibi iure excuſſionis

Carpzov def. for. P. II. C. 18. def. 2. n. 3.
Id. Reſp. Lib. II. reſp. 73. n. 2. 3.
Cotkmann Vol. I. conſ. 22.
Müller ad *Struuium* ex. 47. th. 43.

9 hierwider auch die angeführten Zweifel nichts vermögen, anerwogen 1) die debita conſenſu agnatorum munita zwar Lehnsſchulden jedoch nur debita feudalia ſubſidiaria werden, und ad 2) die aus den Churſächſiſchen Rechten angeführte Verordnung ein ius particulare ausmacht und nach gemeinem Rechte Carpzov ſelbſt bemerket quod de iure communi et iure Saxonico communi id non procedat,

Carpzov P. II. conſt. 46. def. 7.

10 und ad 3) die ausgeſtellte Verſicherung der Agnaten nur eine perſönliche Verbindlichkeit und Bürgſchaft derſelben wirkt, hergegen die dem Bürgen zuſtehenden beneficia nicht

nicht aufhebt, noch dergleichen renunciatio beneficiorum aus der Clauſel, als Selbſtſchuldner geſchloſſen werden kann, ſiquidem fideiuſſor tum expreſſiſſe videtur quod tacite in fideiuſſione latitat non vero renunciaſſe beneficio excuſſionis, cum renunciatio expreſſe fieri debeat et in dubio non praeſumatur

I. H. Boehmer introd. ad Dig. L. 46. tit. 1. §. 17.

Als halten wir den Rechten nach dafür:

Daß die Agnaten aus der ausgeſtellten Verſicherung an ſich die benannten 16000 Thlr. nur alsdann wenn des Cajus Nachlaß vorher ausgeklagt worden zu bezahlen, mithin dafür mit dem Lehn nur in ſubſidium zu haften ſchuldig. 1760.

Num. 116.

Num. 116.

RESPONSVM.

THEMATA GENERALIA.

I. De defectu ſigilli fidem inſtrumenti non tollente.

II. De natura emtionis annuorum redituum, eorumque praeſcriptione.

Argvmenta specialia.

Species facti. n. 1.
Quaeſtio. n. 2.
Debitum a praelato absque conſenſu capituli contractum, non eſt debitum capituli ſed ipſius proprium. n. 3.
Documentum ſigillo praelati munitum publicum eſt et plenam fidem habet. n. 4.
Etiamſi ſigillum capituli deſit. n. 5.
Imprimis ſi praelatus ſimul princeps eſt. n. 6. 9.
Defectus ſigilli capitularis non probat capitulum contractui conſenſum ſuum non adplicaſſe. n. 7. 8.
Sigillum ad eſſentiam inſtrumenti non requiritur. n. 9.
Verſione probata capitulum tenetur etſi non conſenſerit. n. 10.
Solennitates neceſſariae alienationi rerum eccleſiaſticarum interueniſſe non praeſumuntur. n. 11.
Facultas praelati de prouentibus rerum eccleſiaſticarum diſponendi liberior eſt. n. 12.
Ex antiquitate negotii oritur praeſumtio omnia ſolennia adhibita eſſe. n. 13.
Condictio ex mutuo lapſu triginta annorum amittitur. n. 14.
Emtionem annuorum redituum in propoſito caſu adeſſe demonſtratur. n. 15.
Ius ipſum annuos reditus percipiendi per praeſcriptionem non amittitur. n. 16.
Venditori tantum ius competit ſortem ſoluendi non emtori eam repetendi. n. 17.
Si venditor in mora eſt emtori competit ius ſortem repetendi. n. 18.
Reditus cuiusuis anni propriam habent praeſcriptionem. n. 19.
In cauſſis mandatorum ceſſant auſtraegae. n. 20.

§. 1.

1 Im Jahr 1548 hat weyland Herr Heidenreich D., Amtmann zu H., dem Biſchof zu Münſter und Paderborn Franciscus auf deſſen Begehren die Summe von 3000 vollwichtigen Gulden oder Rheiniſche gute Gulden zu Ablegung des Johann von R. und um das Amt und Haus zu A. wieder zu befreyen und einzulöſen, vorgeſtrecket, und es beweiſet die von gedachtem Biſchof Franciscus mit Conſens Vollwort und Wiſſen des Domcapitels zu Münſter am Tage Natiuitatis Iohannis im Jahr 1548 ausgeſtellte Urkunde, daß 1) derſelbe dieſe Summe zu nur gedachtem Zweck empfangen, und zu des Stifts Münſter Beſten und Nutzen wieder angelegt und ausgegeben.

In dieſer Urkunde bekennet 2) der Biſchof Franciscus für ſich und ſeine Nachkommen, daß derſelbe dem benannten Heidenreich D., deſſen ehelicher Hausfrau und ihren Kindern und Erben für ſolche Hauptſumme der 3000 Gulden, ſo lange derſelbe oder deſſen Nachkommen ihm, Heidenreich D. und ſeinen Mitbeſchriebenen, ſolche Summe auf gewöhnliche vorhergehende Loskündigung nicht wieder würde entrichtet und bezahlet haben, alle Jahr auf Natiuitatis Ioannis aus den ſämmtlichen Renten, Zinſen und Pacht-Geldern, ſo aus dem Amte und Hauſe A. fallen, anderthalb hundert derſelben gute Gulden am Gewichte verſchrieben und verkauft: und verſpricht dabey, daß dieſe anderthalb hundert Gulden ihm, Heidenreich D und ſeinen Mitbeſchriebenen, jedes Jahr durch den zeitigen Rentmeiſter zu A. ohne Verzug wohl bezahlt und entrichtet werden ſollen. Auf den Miszahlungsfall dieſer jährlichen Penſion und Gülten hat 3) der Biſchof Franciscus demſelben und deſſen Mitbeſchriebenen die ſämmtlichen Renten, Zinſen, Güter, Zehnten und Aufkünfte des Amts zu A. zum Unterpfand verſchrieben und eingeſeßet, um ſich daran der Haupt-Summe, der Zinſen und alles erleidenden Schadens halber gänzlich, mit oder ohne Recht, wie ihm das am beſten gelegen, zu bemannen, zu erholen und ſchadlos zu halten.

In gleicher Abſicht hat 4) der Biſchof Franciscus berührtem Heidenreich D. verſprochen und feſtiglich zugeſaget, daß derſelbe ihn zu ſeinem Amtmann zu A. ſeßen und verordnen wolle, um benebſt dem Rentmeiſter, als ein Amtmann berührtes Amt A. zu verwahren und zu bedienen, jedoch mit dieſem Vorbeſcheid, daß er ihm daranf keinen beſondern Unterhalt zu geben verpflichtet ſeyn wolle, ſondern daß er ſich allein mit demjenigen, ſo ihm von alter Gerechtigkeit als einem Amtmann zukommen möge und die Voramt-Leute gehabt haben, begnügen laſſen wolle: wogegen auch 5) der Biſchof Franciscus verſprochen, ihn des vorgedachten Amts nicht zu entſeßen, es ſey dann, daß er der Hauptſumme der 3000 Gold-Gulden, Zinſe und Schäden gänzlich zufrieden geſtellt worden.

Es bezeuget endlich 6) der Biſchof Franciscus, daß dieſer Contract und Verhandlung alſo, wie er niedergeſchrieben, mit des Dom-Dechanten und Capitels zu Münſter gutem Wiſſen, Willen und Vollwort geſchehen, und bemerket dabey, daß zu Urkunde und zu gewiſſer ſteter Haltung deſſen benebſt dem fürſtlichen Siegel auch des Domcapitels groſſes Inſiegel an dieſe Urkunde gehängt ſey.

§. 2.

Ungeachtet nun das domcapitulariſche Siegel dieſer Urkunde, nach deren nur bemerktem Inhalt, angehängt werden ſollen: ſo ergibt dennoch das Original, daß ſolches nicht beygedruckt worden. Immittelſt haben die Freyherrn von D. ſeit dem Jahr 1548 bis anjeßt das Amt A. als Droſten inne gehabt und verwaltet, und davon die gewöhnlichen Vortheile der dortigen Amtleute genoſſen, ſo wie ſie auch annoch jeßo das Amt H. gegen gleiche Vortheile unter ſich haben. Es findet ſich hergegen keine Nachricht, daß ſie und ihre Vorfahren überall und wie lange ſie die in beſagter

Urkunde ausgeſetzten jährlichen Zinſen von 150 guten Gulden empfangen oder ſich deshalb gemeldet hätten.

Bey dieſen Umſtänden kommt jetzt die Frage in Erwägung:

2 Ob die Freyherrn von D. die Wiedererſtattung des gedachten Capitals nebſt den davon verſchriebenen Zinſen zu fordern und wie viel von ſolchen Zinſen ſie zu fordern für berechtiget zu halten, und ſolches zu erhalten rechtliche Hoffnung für ſich haben, auch wie ſolche Forderung am beſten einzuleiten ſey?

§. 3.

So klar und deutlich der Inhalt der vorangezogenen Urkunde über das darin vorgeliehene Capital iſt, welches unter der Art und Eigenſchaft einer Gült-Verſchreibung oder ſo genannten Gülten-Verkaufs hergegeben worden, und ſo genau ferner die Verbindlichkeit zur Bezahlung der jährlichen Penſion oder Gülte, und im Miszahlungs-Fall auch der Wiedererſtattung der Haupt-Summe ausgedrückt worden; ſo treten dennoch dabey einige Bedenken ein, welche theils den Rechtsbeſtand des darin enthaltenen Rechts Geſchäffts, theils die darin bedungene jährliche Penſion betreffen, wovon jedes eine beſondere Erörterung verdient;

§. 4.

3 Da 1) bey der Urkunde vom Jahr 1548 das Inſiegel des Domcapitels zu Münſter ermangelt; ſo darf dieſes 1) zu der Muthmaſſung Anlaß geben, daß die Urkunde bloß unter der Hoffnung, die Einwilligung des Dom-Capitels zu erlangen, ausgeſtellet, und in dem Eingang der Urkunde der Einwilligung des Dom-Capitels bloß als einer ſolchen Hoffnung Erwähnung geſchehen ſey, die Einwilligung aber nicht erhalten ſeyn müſſe, weil man keine Urſache, woher die Unterſieglung unterblieben, anzugeben vermag. Da aber gleichwohl der gewöhnliche Beweis der ertheilten Einwilligung entweder aus der Unterſchrift oder aus der Unterſieglung hergeleitet zu werden pflegt: ſo könnte hieraus die Folge gezogen werden, daß es an der wirklichen Einwilligung des Dom Capitels in dieſes Anlehn ermangelt, und daß dieſe durch die Urkunde ſelbſt nicht erwieſen werden könne, indem die Rechte verordnen, quod ſcripta, quae authenticum ſigillum non habuerint, per quod poſſint probari, non videantur, alicuius firmitatis robur habere

C. 2. X. de fide inſtrum.

So ferne aber 2) die domcapitulariſche Einwilligung in dieſes Anlehn nicht erwieſen werden könnte: ſo würde das von dem damahls regierenden Biſchof Franciscus aufgenommene Anlehn bloß für deſſelben eigne Schuld, nicht aber für eine Stifts-Schuld anzuſehen ſeyn, mithin daraus eine Anforderung an die Nachfolger am Hochſtifte nicht begründet werden können:

C. 2. X. de ſolut.

C. 2. 3. et ſq. X. de his quae fiunt a praelato ſine capit. conſ.

Bevor-

Bevorab 3) in der Urkunde die Einkunfte des zu den biſchöflichen Tafel-Gütern gehörigen Amtes A. zum Unterpfand der jährlich zu zahlenden Penſion und der Haupt-Summe verſchrieben und eingeſetzet worden, dergleichen Verpfändung ohne Einwilligung eines Dom-Capitels, bekannten Rechten nach, mit Beſtand nicht geſchehen kann.

§. 5.

Nachdem ich dieſes Bedenken in ſeinem ganzen Umfange und mit ſeinen rechtli- 4
chen Folgen vorgeleget, ſo bemerke ich dabey dieſes, daß bloß aus dem Mangel des domcapitulariſchen Siegels die Folge auf die fehlende Einwilligung des Dom-Capitels mit einigem Beſtand nicht gezogen, vielmehr der Beweis deſſen, daß das Dom-Capitel die Einwilligung in dieſes Anlehn ertheilet habe, aus der Urkunde ſelbſt geführet werden könne.

Es bekennet 1) der regierende Biſchof Franciscus in dem Eingange der Urkunde, daß er das Anlehn

> mit Conſens, Vollwort und Mitwiſſen des Ehrbaren lieben Andächtigen Dom-Dechants und Capitels der Kirche zu Münſter

aufgenommen und empfangen: und derſelbe wiederholet am Ende der Urkunde

> daß dieſer Contract und Verhandlung alſo, wie vorgeſchrieben, mit vorgemeldeten Dom-Dechants und Capitels der Dom-Kirche zu Münſter gutem Wiſſen, Willen und Vollwort geſchehen ſey.

Da 2) dieſe Urkunde von dem regierenden Biſchof unter deſſen Unterſchrift und unter deſſen angehängtem fürſtlichem Ingeſiegel ausgeſtellet worden: ſo iſt ſie unſtreitig ein inſtrumentum publicum, und wirkt einen völligen Beweis deſſen, was in derſelben bezeuget worden: Literae enim auctoritate epiſcopi confectae, et eius ſubſcriptione ac ſigillo authentico munitae plenam efficiunt probationem

C. 2. X. de fide inſtrum.

iisque ſtandum eſt, donec probetur contrarium

C. 7. X. de probat.

Daher beruhet auf dem Anſehen dieſer fürſtbiſchöflichen Urkunde der völlige Beweis deſſen, daß die darin angeführte Verhandlung unter Einwilligung und unter Vollwort des Dom-Capitels zu Münſter geſchloſſen worden.

§. 6.

Dieſer auf der Eigenſchaft öffentlicher und unter biſchöflichem Siegel ausgeſtellter 5
Urkunden beruhende Rechts-Grund iſt 3) gerade in dem Fall, wovon jetzt die Frage vorwaltet, ſchon in der Gloſſe über das

C. 2. X. de fide inſtrum.

anerkannt, indem darin angemerket wird, quod ſigillum epiſcopi ſit authenticum et

quod ei credatur, quam diu contrarium non oſtenditur, licet non adſit ſigillum capituli. Der gründliche Ausleger der Decretalium *Gonzalez Tellez* urtheilt von dieſem Fall ganz genau und auf gleiche Weiſe: Etiamſi ius ſacrum maioris momenti cauſas ſtatuat per epiſcopum cum capituli conſilio vel aſſenſu tractari: nihilo minus, ſi ipſe tantum decernat, epiſcopi ſigillo creditur, etiamſi cum eo non adſit capituli ſigillum

Gonzalez in Comment. ad Decretal. tom. II. p. 491.

und es wird die Glaubwürdigkeit des Inhalts einer ſolchen Urkunde auf die Rechtsvermuthung geſtellet, daß ein Biſchof, ſo wie ein jeder iudex eccleſiaſticus, ſeinen erhabenen Pflichten ein volles Gnüge geleiſtet haben werde,

Gonzalez l. c. tom. II. p. 353.

6 um wie viel ſtärker muß aber nicht der öffentliche Glaube einer Urkunde in Anſehung ihres Inhalts dann gehalten werden, wenn ein Biſchof, welcher zugleich ein Reichs-Fürſt iſt, unter fürſtbiſchöflicher Auctorität dasjenige beſtätiget hat, was in der Urkunde angeführet worden. Si enim in teſtium dictis perſonae fides ex dignitate et exiſtimatione exploranda eſt: quanto maior fidei inſtrumentorum et ſigillorum robur accedit ex principis auctoritate

Caſp. Klock Conſil. tom. IV. conſ. 71. n. 11.

Dieſes leidet in dem gegenwärtigen Falle ſeine buchſtäbliche Anwendung, da mittelſt Beydruckung des fürſtlichen Inſiegels es bekräftigt iſt, daß dasjenige was in der Urkunde enthalten, von dem Dechant und dem Dom-Capitel zu Münſter bewilliget und genehmiget worden.

§. 7.

7 Dieſem zufolge läßt ſich 4) aus der unterbliebenen Beydruckung des domcapitulariſchen Ingeſiegels die Folge weder darauf, daß die Einwilligung des Dom-Capitels zu Münſter in dieſes Rechts-Geſchäfft nicht ertheilet ſey, noch auch dahin ziehen, daß die Urkunde nur unter erhoffter und nicht ertheilter Einwilligung des Dom-Capitels abgefaſſet ſey, denn beydes ſtreitet offenbar mit der in der Urkunde enthaltenen fürſtbiſchöflichen Verſicherung, nach welcher, daß alles unter Beyſtimmung und Vollwort des Domcapitels verhandelt ſey, zweymahl bezeuget, und darüber, als über etwas, ſo ſchon geſchehen, folgendes ausgeſtellet worden:

> und dewilen nu düße Contract und Verhandlunge alſo, wü vorgeſchreven, mit ehrgemelten unſers Domdeckens und Kapitels der Domkerken to Münſter guden Wetten, Willen und Vulborde geſchein, ſo hebben Wy des ock in Orkunde und to gewißer ſteder Holdunge, beneben hochgedachtes unſes gnädigen Fürſten und Herrn von Münſter Segel, unſes Dom-Kapitels grote Junſegel mede an düßen Breef gehangen.

§. 8.

8 Da alſo die erlangte domcapitulariſche Einwilligung durch dieſes bündige Zeugniß erwieſen wird, ſo iſt die unterbliebene Beydruckung des domcapitulariſchen großen Inſie-

Inſiegels 5) blos als ein Mangel der Ausfertigung anzuſehen. Dieſer Mangel hat ſich auch leicht bloß aus der Art und Eigenſchaft dieſer Ausfertigung ereignen können, indem die Expedition nicht in die fürſtbiſchöfliche, ſondern in die domcapitulariſche Canzley gehöret, in welcher das große Inſiegel oder das ſogenannte ſigillum ad cauſas beygedruckt werden müſſen. Die Beſorgung und Betreibung dieſer Ausfertigung hat natürlicher Weiſe dem weiland Heidenreich D. obgelegen: und hat von dieſem Gläubiger leicht anfangs ausgeſetzt und hiernächſt ganz verabſäumet ſeyn können, da er dieſe Urkunde nach geleiſteter Auszahlung des Darlehns in ſeine Gewahrſam empfangen, und ſich auf dem Amt zu H. oder zu A. aufgehalten. Nach einem Ablauf von mehr als 200 Jahren können aber überall keine andere, als die in der Natur der Handlung liegenden Gründe der Vermuthungen in Betracht gezogen werden.

§. 9.

Auch iſt 6) dieſe unterbliebene Beydruckung des domcapitulariſchen Siegels bey 9
der Urkunde vom J. 1548 deshalb für unſchädlich anzuſehen, weil das Siegel nicht zum weſentlichen Beſtande einer Urkunde und zu deren Gültigkeit erfordert wird, ſondern nur zu mehrerer Beſtätigung eines Rechts-Geſchäfts dienet, und als eine hergebrachte Vorſicht gebraucht wird. Neque enim contractus aliaque negotia ciuilia, quae ſolo conſenſu perficiuntur, ad ſui ſubſtantiam et ſolennitatem ſigilli adpoſitionem deſiderant, ſed haec maioris ſecuritatis cauſa inſtrumentis adhibentur.

Hoping in tr. de iure ſigillorum cap. 9. n. 31.
I. Sam. Stryk de exceptione deficientis ſigilli §. 9. 12.
Leyſer ſpec. 132. n. 8.

Der Mangel einer zu beobachtenden und räthlichen Vorſicht bleibt aber unnachtheilig, wenn dasjenige, ſo dadurch beſtätiget werden ſoll, auf andere Weiſe hinlänglich beygebracht werden mag. In dem vorliegenden Falle hat die Beydruckung des domcapitulariſchen Ingeſiegels keinen andern Zweck gehabt, als die mehrere Beſtätigung der mit Vorwiſſen und Genehmigung unternommenen Verhandlung: wie dieſes die vorangeführten Schlußworte der Urkunde ergeben, daß zu Urkund deſſen und zu gewiſſerer Feſthaltung dieſer Verhandlung das domcapitulariſche Siegel neben dem fürſtbiſchöflichen Siegel angehänget werden ſollen. Auch dieſes wird durch den Inhalt der Urkunde, und durch das darin enthaltene Zeugniß des Fürſt-Biſchofes um ſo gewiſſer beſtätiget: weil die Urkunde ſelbſt in Anſehung ihres Ausſtellers den geringſten Mangel nicht hat, und unter der eigenhändigen Unterſchrift des Biſchofs Franciscus und unter deſſen beygedrucktem fürſtlichem Inſiegel ausgefertiget worden, mithin fidem publicam wirket

c. 2. X. de fide inſtrum.

Die domcapitulariſche Einwilligung in dieſe Verhandlung betrifft den conſenſum acceſſorium: und da deſſen erfolgte Ertheilung darin bezeuget iſt: ſo beruhet deſſen Gewißheit auf dem öffentlichen Glauben dieſer Urkunde. Inſtrumenta enim, ſigillo prin-

cipis firmata publicam fidem faciunt et vbi adeſt ſigillum principis, non requiritur alia probatio

Klock Vol. II. Conſ. 41. n. 73-78.

§. 10.

10 Wenn man 7) auch den Inhalt dieſer Urkunde in rechtliche Erwägung ziehet: ſo entfernet ſich aller Verdacht, ſo nur irgend aus der unterbliebenen Beydruckung des domcapitulariſchen Siegels hergenommen werden kann, noch mehr: die Urkunde bezeuget, daß das Capital von 3000 guten Rheiniſchen Gulden

zu Ablegung des Johann von R. und um das Amt und Haus zu A. wieder zu befreyen

vorgeſtreckt worden, und daß der Biſchof Franciscus dieſe Summe zu dieſem Zweck empfangen, und ſie

zu des Hochſtifts Münſter Beſten und Nutzen wieder angeleget und ausgegeben habe,

Die wirkliche Verwendung dieſes Capitals zu der angeführten Abſicht offenbaret ſich auch aus den Umſtänden, unter welchen dieſes Rechts-Geſchäft geſchloſſen, indem der Gläubiger, weil. Heidenreich D. in Anſehung der ihm ausgeſetzten jährlichen Renten in den Beſitz des Amts A., ſo vorher der von R. unter ſich gehabt, eingeſetzet worden. Es iſt alſo das Anlehn der 3000 Rh. Gulden und die dafür auf das Amt A. ertheilte Verſchreibung der jährigen Renten in manifeſtam eccleſiae vtilitatem geſchehen, und dieſes enthält einen ſolchen rechtlichen Grund, aus welchem das Hochſtift ſchon an und für ſich ob verſionem in vtilitatem eccleſiae in Verbindlichkeit geſetzt werden können,

C. 4. X. de fide inſtr.
C. 1. X. de ſolutionib.

und welcher zugleich die Einwilligung des Dom-Capitels ſehr wahrſcheinlich macht. Um ſo weniger kann daher über Richtigkeit des fürſtbiſchöflichen Zeugniſſes von der in die ganze Verhandlung ertheilten domcapitulariſchen Einwilligung ein Bedenken entſtehen.

§. 11.

11 Noch dürfte II) gegen den Rechtsbeſtand der in der Urkunde geſchehenen Verpfändung des Amtes A. der Zweifel erregt werden, ob auch ſolche mittelſt einer bloßen Einwilligung des Domcapitels gültiger Weiſe geſchehen können, indem zu dergleichen Verpfändung beſonders der biſchöflichen Tafelgüter und deren Einkünfte ſonſt auſſer der iuſta vtilitatis cauſa auch ſolennitas eccleſiaſtica erfordert und darunter tractatus capitularis cum cauſae cognitione coniunctus und decretum de oppignorando erfordert wird, und daher

Io. Caſp. Barthel de rebus eccleſiae alienand. art. 3. §. 7.

behaup-

behauptet ſi defectus ſolennitatis eccleſiaſticae ab aduerſa parte allegatur: ea in dubio non praeſumitur, ſed probanda eſt: vt quamuis in alienantis inſtrumento, epiſcopi manu et ſigillo munito, eam praeuio tractatu et conſenſu capitulari et ex iuſta v. c. euidentis vtilitatis cauſa factam eſſe afferatur, id tamen ad pronunciandum pro valore alienationis non ſufficiat; niſi earum interuentus appareat aut probetur.

§. 12.

Jedoch auch dieſer Zweifel leidet im gegenwärtigen Fall keine gegründete Anwendung; denn in der Urkunde vom J. 1548 iſt eine ſo genannte Gült-Verſchreibung enthalten, wobey dem damahligen Gläubiger für das vorgeſtreckte Anlehn von 3000 guten rhein. Fl. eine jährliche Rente von 150 guten Fl. aus den Einkünften des Amts A. von dem Biſchoff Franciſcus verkauft und zu deren Sicherheit die ſämmtlichen Einkünfte dieſes Amts unterpfändlich eingeſetzt worden. So weit dies 1) eine Schuld-Verſchreibung iſt, welche zum Beſten des Hochſtifts aufgenommen worden, um gedachtes Amt von der darauf haftenden R—iſchen Schuld zu befreyen, hat ſie mit des Domcapitels Einwilligung aufs bündigſte aufgenommen werden können. So ferne dafür 2) die Einkünfte des biſchöflichen Amts A. verhypotheciret ſind, hat dieſe Verſchreibung nicht das Amt ſelbſt, ſondern deſſen jährlich fallenden Einkünfte betroffen. Daher iſt im gegenwärtigen Fall nicht von einer Veräuſſerung eines unbeweglichen Stiftsguthes noch auch von einer hypotheca in re immobili eccleſiaſtica conſtituta die Frage, als wovon nur das 12

C. 5. X. de reb. eccleſ. alienand.

handelt. Bey einer biſchöflichen Verfügung über die prouentus ad menſam epiſcopalem pertinentes kommt es jedoch vornehmlich nur auf euidentem eccleſiae vtilitatem und auf des Domcapitels Einwilligung an

C. 2. c. 9. X. de donationib.
C. 4. X. de his quae fiunt a praelato ſine capit. conſ.

und es können bey dieſem Fall nicht einmahl die bey Veräuſſerung der unbeweglichen Kirchengüter erforderlichen ſolennia in Anwendung gezogen werden. So weit man aber auch 3) die unterſagte Veräuſſerung in ihrem Begriff erſtrecken mag: ſo beruhet dennoch der wahre Grund der zuläſſigen Veräuſſerung in den nur erwähnten beyden Stücken, in der euidenti vtilitate eccleſiae, und der Einwilligung des Domcapitels; und bey einer vor undenklichen Jahren eingegangenen Veräuſſerung erwächſet aus der Länge der Zeit die rechtliche Vermuthung, daß alle ſolennia gehörig beobachtet worden: ex longinquitate temporis enim omnia praeſumuntur ſolenniter acta eſſe 13

Eſpen in iur. eccleſ. P. II. ſect. 4. tit. VI. n. 45.

und dieſe Rechts-Vermuthung, welche auf der vetuſtate temporis beruhet, gibt in Anſehung deſſen, daß ſie vim priuilegii et conceſſionis hat dem Geſchäfte eine gleiche Kraft, als der Beweis der zugezogenen ſolennitatis eccleſiaſticae ihm immer nur geben kann.

Crauet-

Crauetta de tempor. antiquit. P. III. n. 12.
Weſembecius Conſil. 59. n. 23.
Conſilia Hallenſia tom. I. lib. 2. conſ. 43. n. 37. ſq.

Da nun der Biſchoff Franciſcus in der Urkunde vom J. 1548 bezeuget, daß die ganze Verhandlung, wie ſie darin niedergeſchrieben worden, mit Einwilligung ſeines Domcapitels geſchehen ſey; daferne weder ein Nachfolger am Hochſtift Münſter noch auch das Domcapitel dagegen jemahlen einigen Widerſpruch eingeleget: ſo erwächſet aus dem Alterthum dieſes vor mehr als 200 Jahren verhandelten Rechtsgeſchäfts die rechtliche Vermuthung, daß ſolches praeuio tractatu capitulari und ſolenniter geſchloſſen worden.

§. 13.

14 Wenn nun gleich nach den angeführten Gründen dieſe Gült- und Pfand-Verſchreibung ihrer erſten Entſtehung nach allen Rechtsbeſtand vor ſich hat: ſo dürfte dennoch III) noch ein Bedenken übrig bleiben, ob nicht alles daraus herrührende Recht ſchon für verjährt zu halten. Dieſer Zweifel möchte deshalb erheblich ſcheinen, weil ſich nicht die mindeſte Nachricht findet, daß die Freyherrn von D. oder deren Vorfahren die in beſagter Urkunde ausgeſetzte jährliche Rente oder Penſion empfangen, oder ſich deshalb gemeldet hätten. In ſo fern nun dieſes Rechtsgeſchäft bloß nach der Eigenſchaft eines Anlehns und unter der darüber geſtellten Pfand-Verſchreibung betrachtet werden ſollte: ſo kann die Entſcheidung nicht anders als dahin ausfallen, daß die daraus entſpringende perſönliche Klage ſchon mit Ablauf von 30 Jahren, und die hypothecariſche Klage durch den Ablauf von 40 Jahren erloſchen ſey. Wenn aber auch auf die darin liegende Gült-Verſchreibung Rückſicht genommen wird: ſo bleibt dennoch noch dieſer Zweifel übrig, daß nach vieler Rechtslehrer Meinung das Recht die jährlichen Renten zu erheben durch eine dreyſſig Jahr hindurch unterlaſſene Hebung und Zahlung verjähret werde: wovon die Gründe in der Abhandlung

Iuſt. Henn. Boehmer de praeſcriptione annuorum redituum §. 8. in exerc. ad Pand. tom. V. p. 424. ſq.

angeführet worden.

§. 14.

15 Die rechtliche Beurtheilung dieſes Zweifels beruhet auf der wahren Eigenſchaft des in der Urkunde vom J. 1548 enthaltenen Rechtsgeſchäfts. Dieſes iſt nicht bloß als ein Anlehn, ſondern als ein Gülten-Kauf geſchloſſen worden, welche Art der Verträge theils nach den Canoniſchen Rechten in

C. 1. et 2. Extrav. Comm. de emtione vend.

theils nach den Reichsgeſetzen rechtsbeſtändig eingegangen werden können.

Reichspolicey-Ordnung vom Jahr 1530 tit. 26. §. vlt.
Reichspolicey-Ordnung vom Jahr 1548 tit. 17. in f.

Es

Es bekennet nemlich der Biſchof Franciſcus in dieſer Urkunde, daß er Heidenreichen D. und ſeinen Mitbeſchriebenen für die vorgeſtreckten 3000 gute Fl., ſo lange dieſe auf vorhergehende Loskündigung nicht entrichtet worden, alle Jahr aus den fallenden Einkünften des Amts A. 150 gute Fl. verkauft habe, und dergeſtalt verkaufe, daß ſie ihm jedes Jahr von dem Rentmeiſter zu A. ausgezahlet werden ſollen. Die vorgeſtreckte Summe wird alſo a) für das Kaufgeld angenommen, und b) von Seiten des Biſchofs dafür eine jährliche Rente aus dem Amte A., als die Kaufwaare, verſprochen, c) der darüber eingegangene Contract unter der Eigenſchaft eines Gülten-Verkaufs eingegangen, und dabey d) die reichsgeſetzliche Vorſchrift beobachtet, daß theils die jährige Gülten auf fünf von hundert verſprochen, theils nur von Seiten des Biſchofs, als Verkäufers, und nach deſſen Gefallen und auf eine von ihm oder ſeinen Nachfolgern zu leiſtende Auffündigung das Kaufgeld nach Recht des Wiederkaufs vorbehalten wird; wohin die Worte gehen

> ſo lange als Wy, oder Unſe Nachkommelinge deſelbſtigen vorgemelte Summe Gülden óme, Heidenreichen D. und ſinen metbeſchreven, mit ener gewöhnlichen vorgander halfjahrigen Loßekündigunge nicht wedder entrichtet und bethalt hebben,

als welche die reichsgeſetzliche Eigenſchaft des Gülten-Verkaufs oder Gült-Verſchreibung ausdrücken, wie ſolche gerade im dem Jahr 1548 durch die

> Reichspolicey-Ordnung vom J. 1548. tit. 17. §. 8.

auf dieſe Weiſe dahin beſtimmt worden, daß mit hundert Fl. Hauptgeld nicht mehr dann fünf Fl. jährlicher Gülten gekauft werden, und die Loskündigung der Gült-Verſchreibung, nach Wiederkaufsrecht, bey dem Verkäufer und nicht bey dem Käufer ſtehen ſolle. Quamquam hic contractus maximam affinitatem habeat cum mutuo et vſuris: in eodem tamen titulo venditionis ius acquiritur ſingulis annis certam praeſtationem exigendi, et pretii loco eſt ipſa ſors ſeu pecunia

> *Lauterbach* in coll. theor. pract. lib. 22. tit. 1. §. 38.
> *Gail* lib. 2. obſerv. 7.
> *Carpzov* in iurispr. for. Part. III. Conſt. 34. def. 12.

Auch iſt noch dieſes aus der Gült-Verſchreibung bemerklich zu machen, daß das darin verſchriebene und auf die ſämmtlichen Einkünfte des Amts A. geſtellte Unterpfand nach der Natur dieſes Contracts vornehmlich zur Sicherheit der jährlichen Penſion oder Gülte und auf den Fall, wenn dieſe nicht bezahlet und daraus ein Schade erwachſen würde, eingeſetzet, und nur acceſſorie in caſum morae auf die Hauptſumme, weil ſolcher Schade auch den Verluſt der Hauptſumme betrifft, mit geſtellet worden.

§. 15.

Dies aus dem Gült-Verkauf erworbene Recht, die jährliche Penſion von 150 gute Fl. aus den Einkünften des Amts A. zu erheben, iſt als ein keiner Verjährung unterworfenes Recht mit vollem Rechtsbeſtand zu halten. Denn 1) die auf jedes

Jahr geſetzte Penſion hat nicht eher, als in jedem Jahr erwachſen können: folglich wenn gleich die von den verfloſſenen Jahren gefallenen Penſionen und zwar jede derſelben, in der rechtsgewöhnlichen Zeit verjähret werden mögen: ſo betrifft ſolche Verjährung dennoch nicht die aus den nachfolgenden Jahren gebührenden Renten und Penſionen, weil dieſe noch nicht exiſtiret oder erwachſen, und die in jedem Jahre fällige Penſion nur erſt in demſelben Jahr gefordert werden kann: non enim prius incipit currere praeſcriptio, quam ex quo quis actionem mouere potuit.

L. 1. in f. C. de annali except.

L. 9. §. 3. D. de pignor. act.

hinc nec aduerſus annuos reditus praeſcriptio aliqua currere poteſt, cum antequam dies ſolutionis venerit, illi in rerum natura non ſint

Carpzov l. c. Part. 2. Conſt. 2. def. 1.

Dieſes beſtätiget auch 2) die klare Verordnung der Rechte: in his enim promisſionibus vel aliis obligationibus, quae dationem per ſingulos annos vel menſes continent, tempora praeſcriptionum non ab exordio talis obligationis, ſed ab initio cuiusque anni et menſis computari manifeſtum eſt

L. 7. §. vlt. C. de praeſcript. 30 vel 40 annor.

Und nach der Natur ſolcher auf gewiſſe Zeiten zu leiſtenden Renten verordnet Juſtinian manere perpetuo ipſos obnoxios huiusmodi dationibus ſancimus: nulla temporis praeſcriptione opponenda ipſis, cum per vnumquemque annum talis naſcatur actio

L. 46. §. 9. C. de epiſcop. et cleric.

Wenn gleich daher 3) die jährlichen Renten und Gülten in noch ſo vielen Jahren nicht gefordert noch erhoben worden, ſo bleibet dennoch das ius annuorum redituum ungekränkt und iſt keiner Verjährung unterworfen und durch die Verjährung haben nur die gefallenen Renten der verfloſſenen Jahre verlohren werden können. Dieſe auf Rechtsgründen beruhende Meinung iſt nicht allein von den älteſten Rechtslehrern behauptet, ſondern auch durch den Gerichtsgebrauch bewährt worden. Praeſcriptionem in annuis praeſtationibus locum non habere certum eſt, idque multis praeiudiciis in camera confirmatum, tot enim ſunt praeſcriptiones, quot ſunt anni

Gail lib. 2. obſ. 73.
Bernh Graeue in concluſ. pract. ad *Gailium* lib. 2. concl. 73.
Klock in Vot. Camer. relat. 102. n. 62. et 132.
Berlich P. 2. concl. 4.
Gratianus tom. II. diſc. for. 399. n. 29.
de Cramer obſ. for. tom. II. obſ. 551.
de Pufendorf obſ. iur. tom. I. obſ. 116.

§. 16.

17 Dieſem tritt 4) aus dem Inhalt der Gült-Verſchreibung vom J. 1548 dieſer beſondere Umſtand hinzu, daß der Biſchof Franciſcus den weiland Heidenreichen D. zu meh-

mehrerer Sicherheit der auf die Einkünfte des Amts A. angewieſenen Renten zum Amtmann daſelbſt in dem Maaſſe eingeſetzet, daß er wiewohl ohne Gehalt dem Amt A. vorſtehen, und deſſen auch nicht eher entſetzet werden ſolle, als bis die Wiedererſtattung der Haupt-Summe erfolget. Dieſes Verſprechen iſt erfüllet worden, und da die Freyherrn von D. von ſolcher Zeit an bis anjetzt in dem Amte A. unter der Eigenſchaft eines Droſten geblieben ſind, ſo haben ſie die Rechte aus dieſer Verſchreibung auf eine thätige Weiſe aufrecht erhalten, indem ſie durch die von den Nachfolgern am Hochſtift beſtändig erneuerte Verleihung des Amts A. in dem Genuß dieſer Function und dadurch zugleich in dem Beſitz dieſes angewieſenen Sicherheits-Mittels verblieben, deſſen ſie vor erfolgtem Abtrag der Haupt-Summe nicht entſetzt werden ſollten.

§. 17.

Aus dieſem allem erlediget ſich der in §. 13. erregte Zweifel, weil im gegenwärtigen Fall nicht bloß von einem Anlehn und von der daraus herrührenden actione perſonali die Frage ſeyn kann, ſondern in dieſer Urkunde eine Gült-Verſchreibung geſchehen, durch welche das ius reditus annuos reales percipiendi verliehen und erworben worden, welches keiner Verjährung unterworfen iſt. So lange dieſes fortdauert, ſo lange beſtehet auch das zu deſſen Sicherheit beſtellte Unterpfandsrecht. Zwar iſt die Lehre von der Nichtverjährung der jährlichen Renten von einigen Rechtslehrern in Streit gezogen worden: jedoch dieſes hindert nicht deren Rechtsbeſtand, da ſolcher auf ſichern Gründen beruhet.

§. 18.

Da nun das in der Urkunde vom J. 1548 enthaltene Rechtsgeſchäft ſowohl in Anſehung ſeiner erſten Errichtung als auch in Anſehung der fortdauernden Gültigkeit auf vollem Rechtsbeſtande beruhet: ſo läßt ſich nunmehr leicht beurtheilen, in wie weit den Freyherrn von D. ein gegründetes Recht auf Capital und auf die jährlichen Renten daraus annoch zuſtehet. 18

Das Recht auf die Anlehns- oder Kaufſumme von 3000 guten Fl. kann indeſſen anders nicht als nach der Art und Eigenſchaft der Gült-Verſchreibung betrachtet werden; und nach dieſer mangelt es den Freyherrn von D. noch zur Zeit an der rechtlichen Befugniß das Capital aufzukündigen, als welche nur auf der Seite des regierenden Fürſt Biſchoffes iſt, wenn derſelbe durch Erlegung dieſer Summe die auf dem Amt A. haftenden jährlichen Renten einzulöſen geſonnen iſt. Dieſes ergibt 1) die reichsgeſetzliche Eigenſchaft der Gült-Verſchreibung, nach welcher der Verkäufer die jährlichen Renten oder Gülten nach Wiederkaufs-Recht verkauft, und nur dieſer daraus ein Recht erlangt, die verkauften Renten durch Wiederbezahlung des die Stelle des Kaufpreiſes vertretenden Capitals wieder einzulöſen: dahergegen der Käufer der jährlichen Rente daraus das Recht ſich nicht zueignen kann und darf ſein Capital oder das gezahlte Kaufgeld zurückzufordern, weil er kein pactum de retroemendo eingegangen, und ſolches auch den Rechten nach nicht eingegangen werden darf. Dieſes verordnet die

Reichspolicey-Ordnung vom J. 1548 tit. 17. §. 8.

mit deutlichen Worten: daß die Loskündigung der Gült-Verſchreibung auf Wiederkauf, wie Wiederkaufsrecht iſt, bey dem Verkäufer und nicht bey dem Käufer ſtehen ſolle: und ein gleiches iſt in dem

Reichs-Abſchied vom J. 1577 tit. 17. §. 9.

von neuem beſtätiget worden.

Daher hat auch 2) der Biſchof Franciſcus in der Urkunde vom J. 1548 ſich nicht zur Wiederbezahlung des Anlehns verpflichtet, ſondern nach der Natur der Gült-Verſchreibung ſich wohlbedächtig dahin verbindlich gemacht, daß, ſo lange er oder ſeine Nachfolger die vorgedachte Hauptſumme ihm, Heidenreich D. und ſeinen Mitbeſchriebenen, nach einer gewöhnlichen vorgehenden halbjährigen Loskündigung nicht wieder entrichtet und bezahlet, alle Jahr aus den ſämmtlichen Einkünften zu A. 150 gute Fl. als Zinſen verſchrieben und verkaufet ſeyn ſollten. Dieſe Worte ſtellen die Wiederbezahlung der Hauptſumme in des Biſchofs Hand und Macht: und der Ausdruck, mit einer gewöhnlichen vorgehenden halbjährigen Loskündigung; gehen nach dem Zuſammenhange nur auf den Biſchof, welcher ſich und ſeinen Nachfolgern die Freyheit der Wiedereinlöſung der verkauften jährlichen Renten vorbehalten hat. Eine andere Auslegung kann auch bey dieſem unbeſtimmt gefaßten Ausdruck nicht ſtatt finden: weil nach den Reichsgeſetzen ein ausdrückliches pactum, worin ſich der Gläubiger, als Käufer der Gülten, die Aufkündigung der Hauptſumme bedingen würde, nicht einmahl gültig iſt, ſondern ſolches in den vorangeführten Reichsgeſetzen für unverbindlich erklärt wird.

§. 19.

19 Nur in dem Fall, wenn der Schuldner als Verkäufer der Gülten in mora iſt, behaupten die Rechts-Lehrer mit Grund, daß der Gläubiger, als Käufer der Rente, das Capital wieder zurückfordern kann,

Melch. de Ludolf in Obſerv. forenſ. obſ. 172.

Und dieſes erlauben die Reichs-Geſetze beſonders alsdann, wenn der Schuldner ſich in der Gültverſchreibung verbunden,

> daß da er in Zahlung der jährigen Gülten ſich ſäumig erzeigen würde, alsdann er dem Gläubiger alſobald die Kauf- oder Haupt-Summe neben den Gülten wieder geben wolle:

in welchem Fall in dem Reichs-Abſchied de a. 1600 §. 35. verſehen iſt, daß dieſes pactum gültig ſeyn, und

> daß das pretium auf ſolchen Fall von dem Verkäufer per viam executionis und mandati ex illo pacto wieder erfordert werden möge.

Auch dieſes pactum iſt in der Gült-Verſchr. de a. 1548 enthalten, indem darin verſehen, daß

> im Falle, dat gerörte Heidenreich D. und ſine Metbeſchrevene an Nisbethalinge der Penſion einigen Schaden erlyden und kriegen wörde, als dat, wils

wils Gott, nicht geſchehen ſoll, hebben wy eine deſelvigen unſes Amts to N. ſammtliche Renthe, Tynſe, Güter, Zehnten und Upkünfte hiemet ock tom rechten Unterpande geſatt, und ſetten, ſich daran one alle unſe und Unſer Nackomelinge Ungnade und Geſer der Hover-Summe Tynſe und alles erledenen Schadens genzlich und alle, mit oder ſunder Recht, wie eme dat beſt gelegen to bemannen to verhalen und ſchadelos to halden.

Die in dieſem pacto bemerkte Misbezahlung der Penſion ſetzt jedoch den Rechten nach den caſum morae zum voraus, daß nehmlich wie vorgedachter Reichs-Abſchied ſagt, der Schuldner in Bezahlung der Gülten ſich ſäumig bezeigt, folglich derſelbe zuvor gehörig gemahnet worden ſey. Da nun in facto bemerkt iſt, daß ſich keine Nachricht finde, daß die Freyherrn von D. der Zahlung dieſer Penſion halber ſich gemeldet: ſo iſt noch zur Zeit der Fall nicht vorhanden, in welchem ſie der Haupt-Summe halber klagbar werden können.

§. 20.

So viel die in Rückſtand gebliebenen jährigen Renten betrifft, ſo ſind 1) die über 20
30 Jahre hinaus gefallenen Renten für verjährt zu halten, indem die jedes Jahr fallende Rente als ein beſonderes in jedem Jahre erwachſenes debitum anzuſehen, und binnen 30 Jahren präſcribiret worden,

L. 7. §. vlt. C. de praeſcript. 30 vel 40 annor.

Dahergegen ſind 2) die ſeit 30 Jahren gefallenen und noch nicht erhobenen Penſionen an und für ſich annoch für eine richtige Schuld zu halten, indem bey keiner von dieſen die Verjährung von 30 Jahren eingetreten iſt. In annuis reditibus enim tempora praeſcriptionum ab initio cuiusque anni computantur, hoc eſt, ſinguli anni propriam habent praeſcriptionem, et ſingulis annis, quibus ceſſatum eſt in ſoluendo annuo reditu, incipit currere praeſcriptio

Bernh. Greuen in pract. concluſ. iuris lib. 2. concl. 73. conſiderat. 1. n. 40.
Jo. Borcholt in tr. de vſur. cap. 4. n. 40.

Quemadmodum igitur in annuis reditibus actiones non ſimul eodemque tempore naſcuntur, ſed ſingulis annis, quibus penſio ſoluenda eſt, ſingulae actiones naſcuntur: ita quoque annuorum redituum actiones ſimul vno eodemque tempore non praeſcribuntur, ſed ſingulae actiones proprium ad praeſcriptionem tempus habent, ac ſingulae actiones praeſcribuntur triginta annis, quo fit, vt ſemper praeſcriptio citius currat adverſus priores annos, quam aduerſus poſteriores

Greuen loc. cit. p. 139.

§. 21.

Nach den bisher ausgeführten Gründen läßt ſich die Frage, wie dieſe Forderung 21
am vortheilhafteſten anzubringen ſey, leicht beurtheilen. Zuvörderſt iſt 1) für dienſam zu halten, gehörigen Orts ein außergerichtliches Suchen wegen der künftighin zu

entrichtenden Penſion und dabey zugleich das Suchen wegen Bezahlung der ſeit 30 Jahren fälligen Penſionen anzubringen, wobey der Inhalt der Urkunde ſelbſt an die Hand gibt, daß dieſe Anerinnerung keine Ungnade wirken ſolle. Auf eine erfolgte abſchlägige Reſolution würde die Vorſtellung nicht ohne Nutzen zu wiederholen ſeyn, um den Weigerungs- und Miszahlungs-Fall deſto mehr ins Licht zu ſetzen.

Auf dieſen Fall iſt 2) die Befugniß gegründet, davon §. 19. Meldung geſchehen, nach Vorſchrift des Reichs Abſchiedes de a. 1600 §. 35. und nach Inhalt des in der Urkunde de a. 1548 enthaltenen pacti executiui die Bezahlung der Haupt-Summe ſelbſt ſowohl als der jährlichen Renten zu ſuchen, und darauf den Mandats-Proceß zu fundiren.

Darneben bringt 3) die Natur dieſer Forderung mit ſich, ſowohl den regierenden Biſchof fürſtlicher Gnaden, als das Dom-Capitel zugleich in Anſpruch zu nehmen, weil dieſe Forderung als eine Stifts-Schuld anzuſehen, die auch für den künftigen Biſchof verbindlich iſt.

In Anſehung des fori tritt 4) ein Bedenken ein, ob dieſe Angelegenheit bey einem der beyden Reichsgerichte, oder in der erſten Inſtanz vor Austrägen anzubringen ſey. Es iſt dieſes ſtreitig, wie aus dem was zwiſchen Chur-Cölln und Corvey verhandelt worden, abzunehmen, und die Biſchöfe pflegen das ius auſtraegarum zu urgiren, unerachtet das Reichs-Cammer-Gericht die Sachen, die gegen einen Biſchof und deſſen Dom-Capitel zugleich angebracht werden, anzunehmen gewohnt iſt, wie aus

Crameri ſyſtem. proc. Imp. §. 236.

zu erſehen ſteht.

Zu Vermeidung dieſes Streits iſt 4) der Umſtand von Wichtigkeit, daß die gegenwärtige Sache wegen des in der Urkunde enthaltenen pacti executiui nach dem Reichs-Abſchied v. J. 1600 §. 35 zum Mandats-Proceß qualificiret werden kann und in cauſis mandatorum die Austrägal-Inſtanz nicht ſtatt hat. Ceſſant enim auſtraegae in cauſa debiti, ſi agitur ex obligatione, cui annexae ſunt clauſulae executiuae:

Cramer l. c. §. 248. 249.

et ſi expreſſum eſt in contractu annuorum redituum, vt ob moram ſoluendi penſiones annuos libera etiam eſſe debeat repetitio ſortis ſiue pretii venditionis, mandatum S. C. de ſoluendo ſortem decerni poteſt

Cramer l. c. §. 440.

Da immittelſt 5) gegen einen Nachfolger am Hochſtift geklagt werden ſoll: ſo gehöret zugleich zur Fundirung des Mandats-Proceſſes die Ausführung der Gründe, daß die Urkunde v. J. 1548 mit Bewilligung des Dom-Capitels ausgeſtellet, und der Mangel des domcapitulariſchen Siegels nach den vorausgeführten Gründen der Urkunde unnachtheilig geblieben ſey. 1780.

Num. 117.

Num. 117.

RESPONSVM.

THEMA GENERALE.

De vſu beneficii inuentarii eiusque vi in abdicanda adita hereditate.

ARGVMENTA SPECIALIA.

Species facti. n. 1.
Quaeſtio prima. n. 2.

Rationes dubitandi.

Iure romano heredi qui cum beneficio inuentarii hereditatem adiit eam repudiare et creditoribus relinquere non licet. n. 3. 5.
Obligationes enim per aditionem hereditatis ſusceptae per vſum beneficii non tolluntur, ſed modo ita reſtringuntur ne heres vltra vires hereditatis teneatur. n. 4.
Intra tres menſes ſe declarare debet heres an hereditatem omittere velit. n. 6.

Rationes decidendi.

Beneficio inuentarii gaudet cui mediante deſignatione bona traduntur. n. 7.
Inuentarium producere debet qui eius beneficio frui vult. n. 8.
Iure hodierno heredi qui confecto inuentario hereditatem adiit, eam reliquere licet. n. 9. 10.
Si iuſta aliqua cauſa accedit, reſtitutio in integrum contra aditionem datur. n. 11.
Quaeſtionis deciſio. n. 12.
Quaeſtio ſecunda. n. 13.

Ratio dubitandi.

Legata quae heres agnouit ex hac cauſa praeſtanda eſſe etſi cum beneficio inuentarii hereditas adita ſit. n. 14.

Rationes decidendi.

Legata quae vltra vires hereditatis relicta ſunt non praeſtantur. n. 15.
Etſi heres teſtamentum et legata absque reſeruatione agnouerit. n. 16. 17. 18.
Quamdiu incertum eſt an heres inſtitutus heres fiat de legatis agi nequit. n. 19.
Heres legata prius quam de ſufficientia bonorum conſtat, ſoluere non poteſt. n. 20.
Nec in legatis annuis ſecus eſt. n. 21.
Quaeſtionis deciſio. n. 22.
Quaeſtio tertia. n. 23.

Rationes dubitandi.

Debitum quod prae aliis ſoluendum eſt, heres licet inuentarium confecerit ſoluere debet. n. 24.
Solutio tertio facta non liberat debitorem. n. 25.

Rationes decidendi.

Creitores contra heredem qui nondum de acquiſitione certus eſt agere non poſſunt n. 26.
Ceſſionario cum effectu ſolui poteſt. n. 27.
Exceptio negotii ſimulati intuitu tertii nullam habet vim. n. 28.
Nec tertio nocet ſi mandatarius mandanti non ſatisfacit. n. 29.
Quaeſtionis deciſio. n. 30.
Quaeſtio quarta. n. 31.

Ratio-

Ratio dubitandi.

Creditores hereditarii iure ſeparationis ſolutionem petere poſſunt. n. 32.

Rationes decidendi.

Confectio inuentarii impedit confuſionem iurium et obligationum defuncti et heredis. n. 33

Heres debita ſoluens in locum creditorum cedit. n. 34.

Heres vi beneficii inuentarii id repetere poteſt quod in hereditatem impendit. n. 35.

Gaudet iure praelationis. n. 36.

Quaeſtionis deciſio. n. 37.

Rechtsgutachten.

Als uns die in verſchiedenen Rechtsſachen des Raths J. B. ergangenen Privat-Acten in Anſehung geſchehener Ausſchlagung der brüderlichen Erbſchaft ſowohl mit deſſen Mutter und Geſchwiſtern als auch mit den Erbſchafts-Gläubigern inſonderheit dem Rittmeiſter von B. zugeſandt und wir über einige aufgeſtellte Fragen unſere in den Rechten gegründete Meinung zu ertheilen gebeten, demnach erachten wir für Recht:

1 Hat der weiland Regierungsrath F. B. in ſeinem im Jahr 1766 errichteten Teſtamente ſeine Mutter und Geſchwiſter zu Erben eingeſetzt und beſonders über das Lehngut R. zum Beſten ſeiner drey Brüder ein Fideicommiß in dem Maaſſe errichtet, daß ſein älteſter Bruder der Rath B. ſolches zuvörderſt zu ſeinem Erbtheil erhalten, und ſeiner Mutter und ſeinen Geſchwiſtern gewiſſe annua legata auszahlen ſolle,

Nachdem gedachte Verordnung von deſſen zweytem Bruder dem Amtmann B. beſtritten worden, hat gedachter Rath B. erſt auf erfolgtes gerichtliches Erkenntniß den Beſitz des Lehnguts R. mittelſt einer im Jahr 1769 erfolgten gerichtlichen Immiſſion erlangt, und dabey die brüderliche Erbſchaft cum beneficio legis et inuentarii angetreten;

Als derſelbe hierauf den bedenklichen Zuſtand der brüderlichen Verlaſſenſchaft wahrgenommen, hat er unterm 26ten Jul. 1770 vor der Herzoglichen Regierung zu G. des geſammten brüderlichen Nachlaſſes anfänglich zu Gunſten der eingeſetzten Miterben, ſeiner Mutter und Geſchwiſter ſich begeben, und da niemand von dieſen der Erbſchaft ſich unterziehen mögen darauf unterm 9ten April 1771 die geſammte Verlaſſenſchaft zugleich den ſämmtlichen Gläubigern überlaſſen, bey der herzoglichen Juſtiz-Canzley zu R. Ladungen an alle diejenigen ſo an denſelben Nachlaß ex capite hereditatis vel debiti Anſpruch zu machen vermeinten, ergehen zu laſſen gebeten, und in Anſehung der gegen iura ceſſa an ſich gebrachten Capitalien und was ihm ſonſt aus der Adminiſtrations-Rechnung zuſtehen möchte, und gegen 22000 Thlr. beträgt quaeuis competentia ſich vorbehalten.

Hat hierauf zwar die Juſtiz-Canzley zu R. die proviſoriſche Beſtellung eines curatoris bonorum verfügt, jedoch die gebetenen proclamata noch zur Zeit nicht erkannt, ſondern auf Anſuchen verſchiedener Erbſchafts-Gläubiger einen Termin zum Vorbeſcheid angeſetzt,

Wie

Wie nun der geſchehenen Abandonnirung der Verlaſſenſchaft von Miterben ſowohl als von den ſich gemeldeten Erbſchafts-Gläubigern widerſprochen worden, ſo haben wiederum deſſelben Mutter und Schweſter auf die Bezahlung der ihnen im Teſtament ausgeſetzten annuorum legatorum gegen denſelben geklagt und hat nicht minder der Rittmeiſter von B. von wegen rückſtändiger auf dem Gut R. ſtehender Kaufgelder von 3000 Thlr. Klage erhoben, und erwachſen bey dieſer Lage der Sachen folgende Fragen.

Erſte Frage.

Ob dem Rath B. das beneficium inuentarii unter welchem er die brüderliche 2
Erbſchaft angetreten auch dahin zu ſtatten komme, daß derſelbe dieſe den Miterben und Erbſchafts-Gläubigern gänzlich abandonniren, und deshalb um proclamata an dieſe nachſuchen können?

Ob nun wohl 1) aus den Acten noch nicht erhellet, daß alle Vorſchriften welche 3
die Rechte bey der Verfaſſung eines Inventariums Behuf der zu erlangenden geſetzlichen Vortheile ſo damit verknüpft ſind, feſtſetzen, im gegenwärtigen Fall genau beobachtet worden,

Hiernächſt wenn 2) die vorſtehende Frage bloß nach dem Römiſchen Rechte beurtheilt wird, für diejenige Meinung der Rechtslehrer ſtärkere Gründe eintreten, nach welcher ein Erbe, wenn er die Erbſchaft ſub beneficio inuentarii einmahl angetreten, ohne Einwilligung der Erbſchafts-Gläubiger und Legatarien deren ſich wiederum gänzlich zu entäuſſern, für befugt nicht zu halten,

Inmaßen 3) ein Erbe nach angetretener Erbſchaft gegen die Legatarien und 4
Erbſchaftsſchuldner in eine rechtliche Verbindlichkeit tritt und einer einmahl übernommenen Verbindlichkeit ſich niemand entledigen kann, ideoque heres quaeſitam hereditatem repudiare non poteſt

L. 4. C. de repudianda vel abſtin. heredit.

Dieſe Verbindlichkeit auch 4) durch den Gebrauch des beneficii inuentarii nicht aufgehoben, ſondern nur in die billigen Schranken geſetzt wird, vt in tantum heres creditoribus hereditariis teneatur in quantum ſubſtantia ad eum deuoluta valet.

L. vlt. §. 4. C. de iure delib.

Und dieſem zu Folge der Beneficial-Erbe kraft des gedachten beneficii nur ohne Schaden verbleiben ſoll, wohin auch die Worte Iuſtiniani abzielen; vt nec damnum aliquod ſentiat heres ex huiusmodi hereditate —

L. vlt. §. 10. C. de iure deliber.

Solchemnach 5) verſchiedene Rechtslehrer nicht ohne Grund behaupten, quod 5
heres vi beneficii inuentarii ab adita hereditate libere abſtinere, et illam totam creditoribus relinquere non poſſit

Lauterbach in coll. th. pract. lib. 28. tit. 8. §. 14.
Idem de inuentario hereditatis §. 19.
Hertius de effectibus non confecti inuent. ſect. 2. §. 8.

6 Hingegen 6) dieſe Freyheit der Erbſchaft ſich wieder zu entledigen von Juſtinian nur in dem einzigen Falle gegeben iſt, wenn der eingeſetzte Erbe innerhalb drey Monathen oder wenn er abweſend iſt, innerhalb einem Jahre als in der Friſt welche als ein ſpatium ipſo iure pro deliberatione conceſſum in

L. vlt. §. 11. C. de iur. delib.

verſtattet iſt, derſelben ſich wiederum entſchlagen zu wollen erklärt, als in welchem Fall nach der Art und Eigenſchaft der ipſo iure verſtatteten Deliberation dem Erben nachgelaſſen iſt, vt vel adire liceat hereditatem vel ab ea ſine damno diſcedere,

L. vlt. §. 13. C. de iure delib.

Hievon aber 7) auf gegenwärtigen Fall die Anwendung ſich nicht machen läßt, da das annuum ſpatium deliberandi legale von Zeit des eröffneten Teſtaments und der erfolgten Antretung der Erbſchaft ſchon einige Zeit verfloſſen.

7 D. a. u. d. 1) der Rath B. die ihm angefallene brüderliche Erbſchaft cum beneficio inuentarii angetreten, dieſes auch bey der unterm 20ten März 1769 erlangten gerichtlichen Immiſſion in den Beſitz des zu ſeinem Erbtheil vornehmlich ausgeſetzten Lehnguts R. ausdrücklich declarirt, und darunter auf antea acta ſich bezogen, nicht minder gedachten Beſitz des Guts nach einem Inventarium empfangen, und ihm deshalb das beneficium inuentarii unſtreitig zuſteht quod heres hoc beneficio gaudeat cui a poſſeſſore bona mediante deſignatione traduntur.

Meuius P. VIII. dec. 488.

8 Inmittelſt da 2) der Rechtsbeſtand des verfaßten Inventariums den Grund der einem Beneficial-Erben zuſtehenden Rechts-Wohlthaten in ſich hält, derſelbe vor allen Dingen dasjenige was den Beſtand des verfaßten Inventariums betrifft nach der Lehre

Meuii in P. II. dec. 356.

auſſer Zweifel zu ſetzen, auch das Inventarium ſelbſt ſeiner Erklärung gemäß ad acta zu übergeben hat, primum enim eſt, vt qui ſe heredem cum inuentario dicit illud exhibeat, vt ſtatim de inuentario conſtet,

Meuius P. I. dec. 213. P. II. dec. 249.

9 Hiernächſt ſo viel 3) die Befugniß betrifft, einer ſub beneficio inuentarii angetretenen Erbſchaft ſich gänzlich wieder zu entſchlagen über die Auslegung des

L. vlt. §. 13. C. de iur. delib.

in ältern und neueren Zeiten zwar geſtritten worden, wie aus der Diſſertation des

Hertius de effectib. non confecti inuent. §. 6. 7. et 8.

zu erſehen ſteht,

Jedoch auch dabey 4) auf den Gerichtsgebrauch Rückſicht zu nehmen iſt, nach welchem dem Erben nach errichtetem Inventarium vermöge der alten Teutſchen und Sächſiſchen Rechte, wornach derſelbe über den Betrag der Verlaſſenſchaft für Erbſchul-

ſchulden einzuſtehen, nicht verbunden geweſen, den Nachlaß ſelbſt den Erbſchafts-Gläubigern gänzlich abzutreten nachgelaſſen worden, edito enim inuentario vel iurata ſpecificatione repudiatio hereditatis ſemper fieri poteſt, quia heres vltra vires inuentarii non tenetur et curatori bonorum onus diſtribuendi hereditatem relinquere, ſuum vero creditum petere poteſt

Mencke in ſyſt. iur. ciuil. lib. 29. tit. 2. §. 11.

weshalb nicht allein in Sachſen ſondern auch in verſchiedenen andern Provinzen einem Erben kraft des beneficii inuentarii der angetretenen Erbſchaft ſich wieder zu entäuſſern nachgelaſſen wird, wie ſolches

Carpzov P. I. deciſ. Sax. illuſtr. dec. 25.
Franskius in reſolut. lib. 3. reſol. 6. per tot.
Stryk in vſu mod. lib. 19. tit. 2. §. 12.

ausführen;

Inſonderheit aber 5) Mevius deſſen Meinungen in zweifelhaften Fällen auch 10
in Mecklenburgiſchen Gerichten ein nicht geringes Anſehen erhalten haben in verſchiedenen rechtlichen Entſcheidungen behauptet ei qui mediante inuentario ſe immiſcuit hereditati, hoc competere beneficium, quod aditam licet hereditatem repudiare queat

Meuius P. VIII. dec. 442.
Idem P. II. dec. 357. n. 7. dec. 358. n. 7. P. III. dec. 18. n. 6.

heres enim ex re demum ſeu qua vires hereditarias obſtringitur, ideoque illas cedendo creditoribus liberatur, et licet actu heres, tamen pro eo vltra quam accepit non habetur, ideoque iudicis ſit, illam renunciationem admittere auditis prius coheredibus aut creditoribus

Meuius P. VIII. dec. 442. n. 7. ſq.

Dieſem zu Folge 6) der Rath B. der Abandonnirung der ſub beneficio inuentarii 11
angetretenen brüderlichen Erbſchaft um ſo mehr ſich bedienen können, als theils der von ſeinen Bruder, dem Amtmann vorenthaltene Beſitz des Guts R. als des Haupt-Erbtheils, theils deſſen Abweſenheit ein rechtliches Hinderniß den ſtatum bonorum einzuſehen, enthalten,

Und wenn gleich 7) derſelbe innerhalb dem im Römiſchen Rechte geſetzten annuo ſpatio deliberandi die abdicationem hereditatis von Zeit der angefallenen Erbſchaft nicht bewirkt, dennoch dieſe in facto beruhende Hinderniſſe einen rechtlichen Grund der dagegen eintretenden reſtitutionis in integrum enthalten, ſi enim maior iuſto errore vel ignorantia facti lapſus, adeundo hereditatem primo adſpectu lucroſam et quam quilibet oculatiſſimus pater familias talem iudicaſſet et adiuiſſet, et quae poſtea reperiatur plena aere alieno litibus et periculis, adeo vt nihil heredi imputari queat ipſi contra aditionem reſtitutionis in integrum remedio ſubueniendum eſt

Arg. L. 1. §. vlt. D. ex quib. cauſis mai.
Müllerus ad *Struuii* ſynt. iur. ciuilis ex. 34. §. 33.
Rittershuſius ad §. 5. Inſt. de hered. qual. et differ.

Dieſemnach 8) deſſelben Geſuch proclamata ergehen zu laſſen, um ſo mehr für gegründet zu halten, da ſelbſt über die mit vollem Beſtande zu unternehmende abdicationem hereditatis die Erbſchafts-Gläubiger zu hören ſind:

Als halten wir den angezogenen Gründen nach dafür,

12 daß das beneficium legis et inuentarii unter welchem der Rath B. die brüderliche Erbſchaft angetreten, ihm nach dem Gerichts-Gebrauche auch dahin zu ſtatten kommen könne, daß derſelbe die qu. Erbſchaft Behuf der Miterben und Erbſchafts-Gläubiger gänzlich abandonniren und daher um zu erkennende proclamata an die Erbſchafts-Gläubiger mit Beſtand nachſuchen können.

Zweyte Frage.

13 Ob die exceptio beneficii legis et inuentarii und die davon abhängende Abandonnirung der brüderlichen Erbſchaft dem Rath von B. gegen die von deſſen Frau Mutter und Schweſter in Klage gezogenen Vermächtniſſe zu ſtatten komme?

14 Ob nun wohl 1) die in Klage gezogenen legata annua in liquido beruhen der Rath B. auch das Teſtament agnoſcirt und dieſe legata annua ſeiner Mutter und Schweſter bis zum Jahr 1768 ausgezahlt derſelbe auch in einigen Briefen zum richtigen Abtrag der Vermächtniſſe ſich erklärt hat,

Daraus aber 2) daß derſelbe in Anſehung dieſer anerkannten Vermächtniſſe, bevorab dieſe cauſam alimentorum betreffen, und auf das Gut R. angewieſen ſind des beneficii inuentarii et adicatae hereditatis ſich nicht bedienen könne, ein Zweifel erwachſen, und deſſelben Erklärung als eine cauſa debendi ſpecialis angeſehen werden möchte,

15 D. a. u. d. 1) das beneficium inuentarii überhaupt einen Erben gegen die Legatarien noch weiter als gegen die Erbſchafts-Gläubiger zu ſtatten kommt, indem dafern die Erbſchaft zu Tilgung der Erbſchulden und des auf die Erbſchaft verwandten Aufwandes nicht zureicht, die legata gänzlich wegfallen; cum legata non intelligantur, niſi deducto aere alieno

§. vlt. Inſt. ad legem. falcid.

Und der Beneficial-Erbe daher weiter nicht, als ſo weit nach Abzug der Schulden vom Vermögen des Verſtorbenen etwas übrig bleibt, die legata ſalua falcidia zu entrichten verbunden bleibt,

L. vlt. §. 4. C. de iur. delib.

16 Hingegen 2) weder die agnitio teſtamenti, noch auch die bereits geſchehene Bezahlung der Vermächtniſſe den Erben in eine Verbindlichkeit ſetzt, indem erſtere ſo wenig als die letztere den geſetzlichen Gebrauch des beneficii inuentarii ausſchließt, vielmehr ein jeder Erbe welcher dieſes beneficii ſich bedienen will, zuvörderſt das Teſtament anerkennen muß, und die geſchehene Auszahlung des Vermächtniſſe in den Rechten ſelbſt dergeſtalt für unſchädlich erklärt iſt, daß wenn die Erbſchafts-Maſſe zu Be-

zah-

zahlung der Erbſchulden nicht zureicht den creditoribus das ius repetendi legata ſoluta zugeeignet wird

L. vlt. §. 5. C. de iure delib.

Dieſem zu Folge 3) die ertheilte Erklärung die im Teſtament geordneten Vermächtniſſe richtig bezahlen zu wollen, dem Rath B. ganz und gar unſchädlich verbleibt, inmaßen dieſe ein weiteres nicht, als die ihm als Erben, den Rechten nach obliegende Verbindlichkeit ausdrückt, wodurch derſelbe der damit verknüpften Rechtswohlthaten eben ſo wenig als durch die wirkliche Auszahlung der Vermächtniſſe ſich begeben 17

Dabey auch 4) des beſondern Vorbehalts dieſes beneficii es nicht bedurft, weil dieſes kraft des verfaßten Inventariums einem Erben zuſteht und dieſer deshalb gegen einen jeden Erbſchafts-Gläubiger oder Legatarius ſich zu erklären nicht ſchuldig iſt, überdem auch der Rath B. den unterm 22ten März 1769 von ſeiner Schweſter ertheilten Cautions-Schein ausdrücklich in Abſicht des beneficii inuentarii ſich ausſtellen laſſen, 18

Endlich 5) derſelbe kraft des beneficii inuentarii der angetretenen Erbſchaft ſich gänzlich entäuſſert, dergleichen Entäuſſerungen den Erben aller erbſchaftlichen Verbindlichkeiten entledigt, 19

Und ob gleich 6) deren Zuläſſigkeit annoch auf rechtlichem Erkenntniſſe beruht, dennoch dieſelbe auch in ſo weit als ſie noch im Rechtsſtreite hängt, eine quaeſtionem praeiudicialem ausmacht und daher zuvörderſt zu erörtern, ehe gegen denſelben unter der Eigenſchaft eines Erben in cauſa legati ein Erkenntniß ergehen kann; de cauſa enim praeiudiciali ante eſt cognoſcendum, quam cauſa inde dependens decidi queat et haec ideo tamdiu ſuſpendenda

L. 2. L. 3. C. de ordine cognit.

L. 1. §. 1. D. fam. herciſc.

C. 1. X. de ordine cognit.

Boehmer de exceptione praeiudiciali c. 1. §. 17. in ex. ad pand. Tom. V.

Ferner auch 7) dieſe quaeſtio praeiudicialis um ſo wichtiger iſt, als auch ſonſt in dem Fall, wenn eine Erbſchaft mit ſo großen Schulden beläſtigt iſt, daß deren Zulänglichkeit zu Bezahlung dieſer in Zweifel beruht, der Erbe vor Berichtigung der Erbſchafts-Maſſe weder die legata zu bezahlen ſchuldig iſt, cum neminem oporteat plus legatorum nomine praeſtare quam ad eum ex hereditate peruenit 20

L. 1. §. 17. D. ad ſenatusc. Trebell.

L. 114. §. 3. de leg. 1.

noch auch ſolches zum Nachtheil der Erbſchafts-Gläubiger mit Sicherheit thun darf,

Dieſem allen 8) auch die Eigenſchaft der legatorum annuorum, und daß dieſe inſtar alimentorum zu achten und auf das gedachte Gut angewieſen ſind, nicht entgegen ſteht, weil alle und jede Vermächtniſſe die Zulänglichkeit des Nachlaſſes zum voraus ſetzen, und durch die abdicationem hereditatis alle Verbindlichkeit des Erben aufgehoben wird. 21

Als ſind wir der rechtlichen Meinung:

22 Daß die exceptio beneficii inuentarii und die davon abhängende gänzliche Abandonnirung der brüderlichen Erbſchaft dem Rath B. gegen die von deſſen Mutter und Schweſter in Klage gezogenen Vermächtniſſe den Rechten nach zu ſtatten komme, und derſelbe daher zu deren Abtrag nicht ſchuldig erkannt werden könne.

Dritte Frage.

23 Ob der Rath B. gegen die von dem Rittmeiſter von B. eingeklagten rückſtändigen Kaufgelder von 3000 Thlr. der exceptionis beneficii inuentarii et abdicatae hereditatis ſich mit vollem Effect bedienen könne, und ihm auch dabey in Anſehung der darauf bereits an den Amtmann B. gezahlten 800 Thlr. die exceptio ſolutionis zu ſtatten komme?

24 Ob nun wohl 1) die aus dem Verkauf des Guts N. rückſtändigen Kaufgelder ſo der Rittmeiſter von B. in Klage gezogen, in liquido beruhen, die Verbindlichkeit eines Erben aber nach angetretener Erbſchaft durch das beneficium inuentarii nicht aufgehoben, ſondern nur in die Gränzen der Billigkeit, die Erbſchulden nach dem Ertrag des Nachlaſſes zu bezahlen, eingeſchränkt wird, ſonſt auch bey Bezahlung dieſer Schuld in Anſehung des derſelben zuſtehenden Vorzugsrechts an der Zulänglichkeit des Nachlaſſes kein Zweifel obwalten kann,

25 Hiernächſt 2) die 800 Thlr. dem Rittmeiſter von B. nicht ſondern dem Amtmann B. bezahlet, von dieſem aber an jenen nicht abgeliefert worden, und daher es das Anſehen hat, daß demſelben die exceptio ſolutionis nicht entgegengeſetzt werden könne, immaßen durch das Atteſtat des Amtmanns B. vom 25ten März 1769 beygebracht worden, daß der Rittmeiſter von B. ihm ſeine Original-Obligation auf 3000 Thlr. nur zu dem Ende, daß er ihm Geld negociiren ſollen, cedirt habe,

26 D. a. u. d. 1) der Rath B. kraft des beneficii inuentarii die geſammte Verlaſſenſchaft ſeines verſtorbenen Bruders nebſt dem Gut N. den Erbſchafts-Gläubigern abandonnirt hat und davon die Erörterung deſſen, ob die erhobene Klage gegen denſelben überhaupt ſtatt hat, abhängt, mithin bis auf das darüber erfolgte Erkenntniß den Rechten nach und nach der Natur der exceptionis praeiudicialis auszuſetzen geweſen,

27 Hiernächſt 2) der Rittmeiſter von B. die Original-Obligation von 3000 Thlr. dem Amtmann B. cedirt zu haben eingeräumt, folglich dem ceſſionario mit Rechtsbeſtand gezahlt werden können, ceſſionario enim, cum is loco domini ſit recte ſolui poteſt, adeo vt ipſi cedenti praeferatur

L. 13. §. 1. D. de pact.
L. 38. §. 1. de ſolut.
Müllerus ad Struuii ſynt. iur. ciu. ex. 47. th. 72.
Lauterbach in coll. th. pract. lib. 46. tit. 3. §. 9.

Da-

Dahingegen 3) das Einwenden, daß die Ceſſion bloß um Gelder zu negociiren geſchehen ſey, ein inter cedentem et ceſſionarium eingegangenes Negotium betrift, welches einem Dritten welcher die Ceſſion nach ihrer wahren Eigenſchaft angenommen, um ſo mehr unbekannt bleiben müſſen, als zu ſolcher Abſicht es einer Ceſſion nicht bedurft, ſondern ein Mandat hinreichend geweſen, und auch nur ertheilt zu werden pflegt, 28

Folglich 4) ſolche einem jeden Dritten um ſo mehr unſchädlich ſeyn muß, als dieſe Einwendung ein ſimulatum ceſſionis negotium ausdrückt, und daher ſowohl deswegen quod inter alios acta tertio haud noceant

L. 3. C. Inter alios acta et iudic. aliis non noc.

als auch weil negotia ſimulata in praeiudicium tertii von keiner Kraft ſind,

Boehmer de ſuſpectis conuentionum formulis cap. 2.

die geſchehene Ceſſion für eine wahre Ceſſion von dem Rath B. ſicher angenommen, und darauf die Bezahlung der 800 Thlr. geleiſtet werden können,

Endlich 5) ſelbſt dadurch, daß der Amtmann B. auf die ihm cedirte Original-Obligation 800 Thlr. von dem Rath B. erhoben, von jenem dieſe Gelder negociirt, und die von dem Rittmeiſter von B. angegebene Abſicht erfüllt worden,

Dahingegen 6) dadurch, daß der Amtmann B. die erhobenen Gelder an ſeinen Cedenten nicht ausgezahlt, derſelbe zwar gegen dieſen in einer rechtlichen Verbindlichkeit geblieben, jedoch ſolches dem Rath B., welcher dem Ceſſionarius rechtsbeſtändig Zahlung leiſten können nicht präjudicirt. 29

Solchemnach geht unſere rechtliche Meinung dahin:

Daß der Rath B. gegen die von dem Rittmeiſter von B. eingeklagte rückſtändige Kaufgelder von 3000 Thlr. ſich der exceptionis beneficii inuentarii et abdicatae hereditatis mit vollem Effect bedienen könne, demſelben auch dabey in Anſehung der auf gedachte dem Amtmann B. cedirte Obligation gezahlten 800 Thlr. die exceptio ſolutionis zu ſtatten komme. 30

Vierte Frage:

Ob der Rath B. der geſchehenen Abandonnirung der brüderlichen Erbſchaft ungeachtet ſeine eigenen Forderungen ſowohl, als auch diejenigen worauf er iura ceſſa erhalten, bey der conuocatione creditorum liquidiren, inſonderheit aber ratione expenſarum neceſſarium et vtilium ſo auf die angetretene Erbſchafts-Maſſe verwendet worden, ein vorzügliches Recht auch vor denjenigen Erbſchafts-Gläubigern behaupten könne, welche das ius ſeparationis für ſich haben? 31

Ob nun wohl hiebey der Haupt-Zweifel daher entſpringt, daß die Erbſchafts-Gläubiger ein ius ſeparationis vor allen Forderungen ſo erſt nach Abſterben des Regierungs-Raths B. erwachſen zu genießen haben, und diejenigen Forderungen ſo der Rath B. zu liquidiren hat, größtentheils in die letzte Claſſe gehören dürften. 32

D.

33 D. a. u. d. 1) ein Erbe kraft des beneficii inuentarii ſeine eigene Forderung an der Erbſchaft zu liquidiren berechtigt iſt, ſi enim heres ipſe contra defunctum habeat actiones non hae confunduntur, ſed ſimilem cum aliis creditoribus per omnia habent fortunam, temporum tamen praerogatiua inter creditores ſeruanda

L. vlt. §. 9. C. de iur. delib.
Hertius de effectu non confecti inuent. ſect. I. §. 13.

Und daher der Rath B. kraft des beneficii inuentarii dieſes Recht ſowohl in Anſehung ſeiner eigenen alten Forderungen

34 als auch 2) in Anſehung der bezahlten und gegen erhaltene iura ceſſa eingelößten Erbſchafts-Forderungen ſich zu bedienen berechtigt iſt, ſi quidem heres ſoluens aliis anteriorem hypothecam habentibus ſuccedit, in illorum ius tanquam concreditor cui hoc ex iure communi datum, vt ſoluens anteriori, etiam ceſſione non facta in locum eius ſuccedat,

Meuius P. VII. dec. 358. n. 2. 3.

35 Hiernächſt 3) bey dem zum Beſten des Nachlaſſes gemachten Aufwande, die geſetzliche Verordnung zum Grund liegt, quod heredi vi beneficii inuentarii data ſit licentia retinendi quidquid in funus impendit vel in inuentarii confectionem vel in alias neceſſarias cauſas hereditatis approbauerit ſe perſoluiſſe

L. vlt. §. 9. C. de iur. delib.

folglich diejenigen Koſten und Ausgaben, welche zum Nutzen der Erbſchaft erweislich angelegt worden, ein Vorzugs-Recht vor den Erbſchafts-Gläubigern genießen,

36 Bevorab 4) dieſe in cauſam ipſius hereditatis woraus die Erbſchafts-Gläubiger kraft des iuris ſeparationis ihre Bezahlung ſuchen angelegt worden, und diejenigen impenſae neceſſariae et vtiles quae ſaluam praeſtant pignoris cauſam einen gegründeten Vorzug haben

L. 5. L. 6. D. qui pot. in pign.

melioramenta rei enim antecedunt alia credita

Meuius P. VI. dec. 330.
Idem P. V. dec. 396.

Als halten wir den Rechten nach dafür:

37 Daß der Rath B. kraft des beneficii inuentarii ſowohl ſeine eigene als andere eingelöſte Erbſchafts-Forderungen zu liquidiren befugt iſt, und in Anſehung desjenigen Aufwandes, welcher zum wirklichen Vortheil der Erbſchaft angelegt worden, eines Vorzugs-Rechts vor den Erbſchafts-Gläubigern zu genießen hat. 1772.

Num. 118.

Num. 118.

RESPONSVM.

THEMA GENERALE.

De decimatore non niſi ex neceſſitatis ratione ad reaedificationem eccleſiae obligato.

Argvmenta specialia.

Species facti. n. 1.

Quaeſtio propoſita. n. 2.

Rationes dubitandi.

Cauſae quae aedificationem eccleſiae potius quam refectionem ſuadent enumerantur. n. 3.

Qui ad reparationem obligatus eſt etiam ad reaedificationem tenetur. n. 4.

Turris tamquam pars eccleſiae ibi aedificanda vbi eccleſia eſt. n. 5.

Rationes decidendi.

Patronus, decimatorue ad reaedificationem eccleſiae ex cauſſis neceſſitatis tantum obligatur. n. 6.

Nec ſufficit cauſſa vtilitatis. n. 7. 9.

Opus eſt itaque ad reaedificationem eccleſiae cauſſae cognitio et conſenſus patroni. n. 8.

Alia eſt enim cauſſa reparationis alia reaedificationis. n. 10.

Turris ſequitur eccleſiam tantum eo caſu ſi ex abſoluta neceſſitate locus mutandus eſt. n. 11.

Quaeſtionis deciſio. n. 12.

Rechtsgutachten.

Als uns eine Geſchichts-Erzählung nebſt einer Frage zu Ertheilung eines rechtlichen Gutachtens zugefertiget;

demnach erachten wir den Rechten gemäß zu ſeyn:

Zu Birlenbach, Amts Cleeburg im Herzogthume Zweybrücken haben die Lutheraner eine eigenthümliche Kirche 35 Schuh lang 23 Schuh breit und 18 Schuh hoch. 1
Die Gemeinde iſt an Alten und Jungen ſchon im Jahr 1758 ſtark geweſen 250 Perſonen, und iſt daher die Kirche zu klein.

Das Chor an dieſer Kirche nebſt dem darauf ſtehenden Thurm bauet das Domcapitel zu Speyer qua decimator, das Langhaus aber die Gemeinde.

Der Thurm iſt ſo ſchadhaft, daß zu deſſen Reparation nach anliegendem Reſcripte des Speyerſchen Domcapitels vom 19ten Jan. 1763. 780 Fl. erforderlich ſind. Die Fundamente des Chors und deſſen Gemäuer ſind aber noch ſo beſchaffen, daß ſie dieſe Reparation ertragen können.

Das Dach am Langhauſe iſt äuſſerſt ſchadhaft und erfordert nach dem Berichte des Landbau-Directors vom 28ten May 1762 eine ſtarke Reparation. Weil aber die alte Mauern einer ſolchen nicht mehr werth, und eine Vergröſſerung unumgänglich nöthig iſt; ſo ſchlägt er vor eine neue Kirche und zwar vom Berge herunter an das Dorf zu bauen.

Es ſtehet nehmlich dieſe Kirche eine ziemliche Strecke auſſerhalb des Dorfs auf einem ſteilen Berge, und bemerkt beſagter Landbau-Director in einem anderweiten Berichte hierüber: daß die Todten mit Lebensgefahr der Träger hinaufgebracht würden, daß zur Winterszeit beynahe niemand, ohne zu fallen, hinauf oder heruntergehen könne, der Alten und anderer Schwachen zu geſchweigen, welche durch dieſe Umſtände gleichſam vom Kirchgange ausgeſchloſſen würden.

Da nun überdies die Reparation dieſer Kirche wegen des Transports der Baumaterialien und des Waſſers auf den Berg unerſchwingliche Koſten erfordert, ſo fährt der Landbau-Director fort, der Gemeinde einzurathen die Kirche herunter zu ſetzen.

Es hat ſich ſelbige deshalb nun auch an das Domcapitel gewandt, und alle dieſe dringenden Umſtände vorgeſtellet, um zu bewirken, daß daſſelbe ſtatt den ſchadhaften Thurm und Chor mit großen Koſten an einem unſchicklichen Orte zu repariren, beydes an eine neue Kirche die ſie in der Ebene neu zu erbauen vorhätten, wenden möge, zu welchem Behufe ſich dieſelbe erboten die Steine von dem alten Thurme und Chore auf ihre Koſten herunter zu ſchaffen. Das Domcapitel hat jedoch eine Declaration dahin abgegeben, daß wenn die Gemeinde Birlenbach das Chor und Thurm auf ihre eigene Koſten in dem Orte erbauen wolle, es ſolchenfalls geneigt ſey, der Gemeinde ſämmtliche alte Steine und Materialien zu überlaſſen, ſodann derſelben die für die jetzige Reparatur erforderlichen 780 Fl. jedoch unter dem Vorbehalte zu reichen, auſſer dem ferner keinen Kreuzer mehr beyzutragen.

Der Landbau-Director glaubt indeſſen, wo die Gemeinde ihre Kirche hinſetze, da müſſe das Domcapitel mit Chor und Thurme nachfolgen; und wünſchet daher die Gemeinde belehret zu werden:

2 Ob unter den eintretenden Umſtänden, und da ſo triftige Gründe vorhanden, anſtatt einer vorzunehmen Reparatur, vielmehr die Kirche im Dorfe Birlenbach von neuem aufzubauen, das Domcapitel zu Speyer dabey die ſämmtlichen Koſten zum Baue des Chors und Thurmes zu tragen, mithin zu einem mehreren, als wozu es ſich erboten, den Rechten nach verbunden ſey?

3 Ob nun wohl 1) gedachte Kirche nicht allein an dem Langhauſe, ſondern auch am Thurme eine ſehr ſtarke Reparation unumgänglich erfordert, dabey aber ſehr triftige Gründe, anſtatt dieſer Reparation, die Kirche von neuem an einem weit gemäßeren Orte wieder aufzubauen, eintreten, allermaßen die alte Mauer nach ökonomiſchen Gründen einer ſo koſtbaren Reparatur nicht werth iſt; hiernächſt bey der alten Kirche, in Erwegung ihrer Lage auf einem ſteilen Berge, der Zugang mit den Leichen ſowohl als der Kirchgang beſonders zur Winterszeit mit Gefahr verknüpft iſt, darne-

ben

ben die Gemeinde dergeſtalt an Mitgliedern angewachſen iſt, daß das alte Gebäude dieſe nicht faſſen mag, und deshalb deſſen Vergröſſerung unumgänglich nöthig ſeyn will; endlich der neue Bau der Kirche an einem weit gemäßern Platze im Dorfe, der Gemeinde für weit dienſamer zu halten, dahergegen die Reparatur der auf dem Berge liegenden alten Kirche auch ſelbſt wegen des beſchwerlichen Transports der Baumaterialien und des Waſſers vielen Koſten und Beſchwerlichkeiten ausgeſetzt bleibt,

Und wie dieſe Gründe 2) unſtreitig hinlänglich ſind, den neuen Bau der Kirche, 4
der Reparatur des alten Kirchengebäudes vorzuziehen, ſo auch das Domcapitel zu Speyer, als Decimator, zu den Koſten des neuen Baues, ſoviel das Chor und den Thurm betrift, zu concurriren deshalb für ſchuldig geachtet werden möchte, weil unter Bau und Beſſerung des Kirchengebäudes, wozu ein Decimator verbunden iſt, ſowohl die Ausbeſſerung tamquam reparatio ordinaria, als auch die Wiederaufbauung des Kirchengebäudes, wenn dieſes verfallen iſt, tamquam reparatio extraordinaria begriffen iſt, und die Kirchenrechte bey der reparatione eccleſiarum von beyden Arten der Bau- und Beſſerung handeln,

C. 1. X. de eccleſ. aedif. et reparand.
C. vlt. D. 96.

refectionem enim eccleſiarum referimus ad omnem cauſam, ſiue eccleſia penitus deſtructa ſiue tantum corrupta ſit, ſiue priſtina forma in refectione obſeruata, ſiue pauliſper in maiorem eccleſiarum commoditatem immutata fuerit,

Boehmer in iure eccleſ. lib. 3. tit. 48. §. 23.

et ideo patroni ad eccleſias tum reficiendas tum reſtaurandas obligantur;

Concil. Trident. Seſſ. 21. de reform. c. 7.
Finckelthaus de iure patron. c. 4. num. 79.

Dabey auch 3) in Betracht kömmt, daß wenn das Schiff oder Langhaus der 5
Kirche unter erfolgter Genehmigung des Conſiſtoriums von der Gemeinde neu aufgebauet werden ſoll, der neue Bau des Chors, ſo mit jenem in unzertrennlicher Verbindung ſtehet, zugleich nothwendig wird, und daraus, daß das Domcapitel zu Speyer in Hinſicht der Verpflichtung das Chor und den Thurm in Bau- und Beſſerung zu unterhalten, den Zehnten genieſſet, auch die Verbindlichkeit, die Koſten dieſes neuen Baues am Chor und Thurme bey dem auf den Verfall ſtehenden alten Thurme der Kirche zu tragen, erwachſen, und daraus der angezogene Satz: daß wo die Gemeinde ihre Kirche hinſetze, auch das Domcapitel mit Chor und Thurme nachfolgen müſſe, ſeine Anwendung gewinnen möchte, Ius commune enim decimatores ad eccleſiarum reſtaurationem adſtringit, inſpecta ipſa fructuum portione, quam ab eccleſia percipiunt, cum aequum ſit, eum qui lucrum ſentit, onus quoque ſentire,

Eſpen in iur. eccleſ. P. 2. Sect. 2. tit. 1. c. 7. §. 9. 12.

Solchemnach, daß die Gemeinde eine fundatam intentionem von dem Domcapitel zu Speyer den völligen Betrag der Koſten zum neuen Baue des Chors und Thurmes an der Kirche zu fordern, für ſich habe, es das Anſehen gewinnen dürfte;

6 Dennoch aber und dieweil 1) die zum neuen Baue des Kirchengebäudes angeführten Gründe von der Beſchaffenheit ſind, daß ſie zwar einen der Gemeinde daraus erwachſenden Nutzen und Vortheil beweiſen,

Hergegen 2) eine Nothwendigkeit des neuen Baues deshalb nicht begründen, weil in facto angeführet iſt, daß die Fundamente des Chors und deſſen Gemäuer noch ſo beſchaffen ſind, daß ſie die in Frage ſtehende Reparatur des ſchadhaften Thurmes ertragen können;

Gleichwohl wenn 3) ein Patron oder Decimator in die Verbindlichkeit zur Wiederaufbauung der Kirche, als einer reſtauratione extraordinaria treten ſoll, dazu nach den Rechten und deren Analogie eine cauſſa neceſſaria erfordert wird, veluti ſi eccleſiae periculum ruinae patiuntur per vetuſtatem,

Nov. 67. c. 2.

reaedificare enim ad id refertur quod amplius reparari non poteſt vel plane collapſum eſt;

L. 10. §. 1. D. quemadmodum vſusfr. amitt.
Petr. Peckius de eccleſ. reparand. c. 2. num. 2.

7 Dahergegen wenn 4) an einer cauſa neceſſaria zum neuen Baue der Kirche es mangelt und nur eine cauſa vtilitatis der Kirche und Gemeinde dazu vorhanden iſt, aus den gemeinen Rechten ein ſicherer Rechtsgrund, den Decimator zu dem Beytrage der Koſten des neuen Baues anzuhalten, es fehlet, ſi enim reſtauratio et ampliatio eccleſiae non neceſſaria ſed tantum vtilis eſt, non poteſt compelli ad praeſtandos ampliationis ſumtus ille, qui iure ordinario tenetur ad refectionem,

Gonzalez ad Decretal. lib. 3. tit. 48. c. 1. num. 6.

adeo vt etiamſi ampliatio eccleſiae fieri debeat propter multitudinem populi, quam antiqua eccleſia non capit noua tamen eccleſiae conſtructio facienda ſit ſumtibus eius, cui incumbit eccleſias conſtruere, reparatio vero ampliatae eccleſiae ſpectet ad eos, qui ad reparationem veteris eccleſiae tenebantur,

Gonzalez l. c. num. 6.

8 Und eben deshalb 5) zu Wiederaufbauung einer neuen Kirche ſowohl cauſae cognitio als der conſenſus patroni erfordert wird, de cuius onere in reaedificanda eccleſia agitur,

Carpzov in iurispr eccleſ. lib. 2. dec. 336. num. 8.
Boehmer in iur. paroch. Sect. 7. c. 3. §. 5.

daraus aber inſonderheit bey einem auswärtigen Patron oder Decimator ein nicht geringer Grund, des völligen Beytrags zu ſolchen Koſten ſich zu weigern, erwächſet, wenn das Fundament der Kirche eine ordinariam refectionem ertragen, mithin die Reparatur der Kirche mit geringerem Aufwande und dennoch mit Beſtande, und ohne die Gemeinde einer Gefahr auszuſetzen, erreichet werden mag, allermaßen ſofern ein

De=

Decimator dergleichen Reparation zu übernehmen bereit iſt, er die ihm obliegende Pflicht erfüllet;

Und wenn gleich 6) Gründe der Billigkeit und des Nutzens die Wiederaufbauung der Kirche auf Seiten der Gemeinde vortheilhafter machen, dennoch ſolche auf Seiten des Patrons eine vollkommene Verpflichtung zum Beytrage der Koſten nicht begründen, und ihm auch die Lehre der Rechtslehrer zu ſtatten kommt, quod in omni reparatione eccleſiae attendendum ſit, ne nimium grauentur decimatores aliiue quibus onus reparandi incumbit, et omnia minori, quo poteſt, ſumtu fiant; 9

Eſpen in iur. eccleſ. P. 2. Sect. 2. tit. 1. c. 7. num. 22.

Und daraus 7) zugleich die obangeführten Zweifel um ſo mehr ſich erledigen, als das Domcapitel zu Speyer die zur nöthigen Ausbeſſerung erforderlichen Koſten von 780 Fl. zu erlegen, und deren Anwendung zum neuen Baue zu verwilligen ſich erklärt hat,

Hiernächſt 8) die Verbindlichkeiten eines Patrons oder Decimators zur Wiederaufbauung als einer Art der refectionis extraordinariae nicht auf gleichen Urſachen als die Verbindlichkeit ad refectionem ordinariam, beruhet, aliud enim eſt tueri, et aliud de nouo facere; 10

L. 44. D. de vſufruct.

Carpzov in iuriſpr. eccleſ. lib. 2. def. 252.

Und daher 9) der Satz, daß wo die Gemeinde ihre Kirche hinſetzet, auch der Decimator mit Chor und Thurm nachfolgen müſſe, nur bey einer reaedificatione neceſſaria und bey einer durchaus nothwendigen Verlegung der Kirche an einen andern Ort einige Anwendung leiden mag, hergegen wenn dazu nur eine cauſa conuenientiae et vtilitatis vorhanden iſt, der Gemeinde zwar cum conſenſu iudicii eccleſiaſtici die Kirche neu aufzuführen und ſelbige zu verlegen, unbenommen iſt, jedennoch an hinlänglichen Gründen, den Decimator zu einem höheren Beytrage, als in dem gegenwärtigen Falle von dem Decimator angeboten iſt, und als zur nothwendigen Ausbeſſerung erfordert wird, in Mitleidenheit zu ziehen, es ermangelt; 11

Als halten wir den Rechten nach dafür:

Daß wenn es gleich der Gemeinde weit zuträglicher iſt, eine neue Kirche an einem gemäßern Orte aufzubauen, als das alte Kirchengebäude zu repariren, dennoch das Domcapitel zu Speyer ex iure perfecto zu einem höhern Beytrage, als wozu es ſich erboten, nicht angehalten werden könne. 1769. 12

Num. 119.

RESPONSVM.

THEMATA GENERALIA.

I. De iuribus feminarum quae ſub clauſula reſeruatiua renunciarunt.
II. De ſeparatione inter heredes fideicommiſſarios et allodiales quaedam.

Argvmenta specialia.

Species facti. n. 1.
Quaeſtio prima. n. 2.

Rationes dubitandi.

Succeſſio in fideicommiſſis, quatenus non eſt determinata, ex iure communi fit. n. 3.
Bona in linea ſemel delata tamdiu in ea manent quam ex illa linea quis ſupereſt. n. 4.
Ex filiabus quae ſub pacto reſeruatiuo renunciarunt, ea ſuccedit quae vltimo poſſeſſori proximior eſt. n. 5. 6.

Rationes decidendi.

Ex pactis familiae in caſu obuio feminam remotiorem praerogatiuam prae proximiori habere demonſtratur. n. 7. 8 9. 10. 13. 14. 16.
Renunciatio in fauorem certarum perſonarum facta vim amittit his extinctis. n. 11.
Eſt enim caſus in quem quis ſibi ius reſeruauit tamquam conditio reſolutiua conſiderandus. n. 12.
Renunciationes filiarum quae concernunt bona in quibus iis nulla ſucceſſio competit aliter conſiderandae ſunt ac ſi eae bona allodialia concernunt. n. 15.
Ordo ſuccedendi iuris communis ceſſat ſi de ordine ſpecialiter actum eſt. n. 16. 17.
Quaeſtionis deciſio. n. 18.
Quaeſtio ſecunda. n. 19.

Rationes dubitandi.

Reſtitutio illatorum vxoris eſt obligatio heredum allodialium n. 20.
Debita quae bonis inhaerent ab iis praeſtanda ſunt ad quos bona perueniunt. n. 21.

Rationes decidendi.

Negotium alienum non gerit qui illud tamquam ad ſe ſpectans agit. n. 22.
Qui debita fideicommiſſo inhaerentia ſoluit a ſucceſſore ea repetere nequit. n. 23.
Imprimis ſi de animo quo id factum eſt conſtat. n. 24.
Quaeſtionis deciſio. n. 25.
Quaeſtio tertia. n. 26.

Rationes dubitandi.

Vltimus fideicommiſſi poſſeſſor maiore facultate de eo diſponendi gaudet. n. 27.
Debita fideicommiſſo impoſita tanquam realia conſideranda. n. 28.

Rationes decidendi.

Fideicommiſſi poſſeſſor illud in praeiudicium ſucceſſorum debitis onerare nequit n. 29.
Niſi verſio in fideicommiſſum vel conſenſus probari poſſit. n. 30. 31.
Quae probatio ab aſſerente peragenda eſt. n. 32.
De-

Debita realia ea tantum ſunt quae iuri conuenienter fideicommiſſo impoſita ſunt. n. 33.

Quaeſtionis deciſio. n. 34.

Quaeſtio quarta. n. 35.

Rationes dubitandi.

Fructus vltimi anni ex fideicommiſſo eodem modo ac fructus feudi diſtribuendos eſſe quidam putant. n. 36.

Alii aequiparandos eſſe fructibus dotis credunt. n. 37.

Rationes decidendi.

Mortuo fideicommiſſi poſſeſſore illud ſtatim pleno iure a ſucceſſore acquiritur. n. 38.

Eique ius vtendi et fruendi bonis fideicommiſſariis ſtatim competit. n. 39.

Expenſas in fructus factas tamen reſtituere debet. n. 40.

Ius feudale ad bona allodialia applicari nequit. n. 41.

Diuiſio fructuum dotis quae pro rata fit ſpeciali fundamento nititur. n. 42.

Quaeſtionis deciſio. n. 43.

Rechtsgutachten.

Als Ew. uns eine Geſchichts-Erzählung mit verſchiedenen Anlagen nebſt einigen Fragen zugeſandt, und unſere in den Rechten gegründete Meinung darüber begehret;

Demnach erachten wir den Rechten gemäß zu ſeyn:

Als der weiland Königlich Franzöſiſche Marechal de Camp, Ludwig von S. ver- 1
ſchiedene anſehnliche in dem Schwäbiſchen Ritter-Canton Craichau gelegene und dieſem incorporirte Rittergüter nebſt zugehörigen hohen Gerechtſamen, unter welchen nur der Blutbann vom Reiche zu Lehn rühret, käuflich erworben, und er darauf ſelbſt für ſich und ſeine Deſcendenz im Jahre 1649 in die Reichsritterſchaft immatriculiret worden, haben nach deſſen erfolgtem Abſterben ſeine hinterlaſſenen 6 Söhne, nach dem Exempel der meiſten reichsadelichen Geſchlechter, den 21ten März 1670 einen Geſchlechtsvertrag und ein Familien-Fideicommiß dahin errichtet: "daß ſämmtliche Güter bey dem Mannsſtamme verbleiben, und wenn einer von ihnen oder ihren Söhnen ohne männliche Erben verſterben würde, die Töchter gehalten ſeyn ſollten, die von ihrem Vater herrührenden Stammgüter, gegen erhaltenes billigmäßiges Heirathsgut und hinlängliche Ausfertigung, ſammt einer weitern und völligen Addition und reichlichen Ueberſchuß bis auf die Hälfte ihres väterlichen Antheils, dem Nächſten vom männlichen Stamme einzuräumen".

Unter den 6 Söhnen des gedachten Ludwig von S. ſind nur die beyden Heinrich Reinhold und Auguſt von S. mit Söhnen beerbet worden. Der vom Heinrich Reinhold abſtammende Carl von S. hat von allen S—iſchen Fideicommißgütern die Hälfte beſeſſen, und iſt im Jahre 1744 auch ohne männliche Deſcendenz, mit Hinterlaſſung zweyer Töchter, Marien Louiſen vermählte Freyfrau M. von J. und Catharinen Friederiken Freyfrau von L verſtorben. —

Nach deſſen Abſterben haben beyde Carl S—iſche Töchter unterm Beyſtande der Vormundſchaft, unter welcher ſie noch geſtanden, ihren Agnaten, nemlich den von ihres Vaters Bruder Auguſt abſtammenden zwey Söhnen Johann Ludwig und Friederich

rich Bernhard von S. die väterlichen Stamm- und Fideicommißgüter abgetreten, und mit ihnen einen Vergleich im Jahre 1746 eingegangen, worin theils das ihrer Mutter Erneſtinen von S. gebohrne von St. gebührende Eingebrachte und Witthum beſtimmt, theils einer jeden von ihnen auſſer dem Heirathsgute und der Ausfertigung eine vorgeliehene Summe von 4500 Fl. anſtatt der aus dem Familien-Vertrage vom J. 1670 gebührenden ſogenannten "weitern und völligen Addition und reichlichen Ueberſchuß bis auf die Hälfte ihres väterlichen Antheils", ausgeſetzet, hergegen in dem Art. 10. verabredet iſt, daß wenn der Fall ſich ereignen ſollte, daß gedachte Herren von S. ohne männliche Erben Todes verfahren, mithin der S—iſche Mannsſtamm erlöſchen würde, auf ſolchen Fall den Carl S—iſchen Töchtern das an das S—iſche Fideicommiß competirende Regredientrecht auf alle und jede von deren Vater bey ſeinem Ableben beſeſſene, und nunmehr deſſen Agnaten zugefallene Güter und Gefälle vollkommen ohne einige Widerrede nach Verzichtsrechte eröffnet ſeyn, dahergegen das vorbemerkte einer jeden Tochter ausgeſetzte Rückfalls-Capital von 4500 Fl. nebſt dem was ſie an Heirathsguts-Geldern bekommen, wieder an jener ihre hinterlaſſenen Allodialerben zurückgegeben, oder da ſolches auf den Gütern annoch haftete, erloſchen ſeyn ſolle.

In dem darauf folgenden 1750ten Jahre iſt gedachter Receß von beyden Theilen beſtätiget, auch bey der Verehelichung der Carl von S—iſchen Töchter der Verzicht auf die väterlichen Stammgüter zu Gunſten des männlichen Stammes geleiſtet, und von ihnen die Erbfolge in ſolche Güter auf erfolgten ledigen Anfall vorbehalten worden.

Unter den beyden Söhnen des Auguſt von S. als Erbfolgern in den Stammgütern, iſt der älteſte Johann Ludewig ohne männliche Erben verſtorben, und dadurch ſind ſämmtliche Stammgüter auf deſſen Bruder Friedrich Bernhard von S. gefallen, welcher nur einen Sohn, Carl Auguſt Emanuel von S. und drey Töchter hinterlaſſen.

Auch gedachter Carl Auguſt Emanuel von S. iſt im Jahre 1763., und deſſen einziger Sohn Johann Friedrich Carl von S. dem 16. April 1777 verſtorben, und mit dieſem der männliche Stamm dieſes Geſchlechtes erloſchen.

Da nun die beyden Carl von S—iſche Töchter, die Freyfrau von M. und Freyfrau von L., annoch am Leben ſind, und der letztere vom Stamme ſeines Vaters Schweſtern, als ſeine Allodial-Erben hinterlaſſen, ſo erwachſen nunmehr folgende Fragen:

Erſte Frage:

2 Ob bey nun erloſchenem S—iſchem Mannsſtamme nach den ledigen Anfallsrechten, den Verzichten und den im Jahre 1746 und 1750 errichteten Receſſen, den Carl S—iſchen Töchtern, nehmlich der Freyfrau von M. und der Freyfrau von L. die von ihrem Vater beſeſſene Hälfte an den S—iſchen Gütern wiederum zugefallen und gebühre?

3 Ob nun wohl bey dem erfolgten Ausgange des S—iſchen Mannsſtammes für die alleinige Erbfolge der Allodial-Erben des letztverſtorbenen von S. in die Fideicommiß-

mißgüter dieſes angeführt werden dürfte, daß 1) in dem Geſchlechtsvertrage vom J. 1670., worin dieſe Güter mit einem Fideicommiſſe belegt worden, die Succeſſions-Ordnung auf erfolgten Ausgang des Mannsſtammes nicht beſtimmt worden, und daß ſolche deshalb nach gemeinen Rechten, mithin nach der Nähe der Grade aus der Perſon des leztern Beſizers zu beurtheilen ſey, indem auch in Fideicommiſſen, ſoferne darin die Succeſſions-Ordnung nicht vorgeſchrieben iſt, bey dem, was den gemeinen Rechten nach gemäß iſt, es ſein Bewenden hat;

Nächſtdem 2) die ſämmtlichen Güter, nach Carl von S. Abſterben, in die von August von S abſtammende Linie gekommen, und hierin ſonſt die gemeinen und anderen Rechte übereinſtimmen, daß wenn die Erbfolge einmal in eine Linie gekommen, ſo lange in dieſer Erben vorhanden ſind, eine andere Linie auf ſolche Güter einen Anſpruch der Succeſſion halber nicht machen könne; 4

Hiernächſt 3) die Carl von S—iſchen Töchter auch aus dem den Verzichten beygefügten Vorbehalte ein Regredient-Erbrecht vorjezt deshalb nicht herzuleiten vermöchten, weil durch ſolche nur das Succeſſionsrecht nach der, den gemeinen Rechten gemäßen Ordnung vorbehalten zu ſeyn ſcheine, immaßen ſolcher Vorbehalt nach teutſchen Sitten und Gewohnheiten, nach welchen die Töchter zur Erbfolge in Stamm- und Geſchlechts-Güter nicht gelanget, und davon bey ſtehendem Mannsſtamme ſchon ipſo iure ausgeſchloſſen worden, zu verſtehen ſey, und nach dieſem die nächſten Allodial-Erben des leztverſtorbenen vom Stamme, mit Ausſchlieſſung der weiteren Seitenverwandten zur Erbfolge berufen worden; 5

Wie dann 4) unter dem iure ſuccedendi, und unter dem ordine ſuccedendi dieſer weſentliche Unterſchied obwalte, daß zwar das Recht der Succeſſion nach Abgang des Mannsſtammes dem weiblichen Geſchlechte überhaupt eröffnet werde, die Ordnung aber in welcher eine Tochter vom Geſchlechte vor der andern zur Succeſſion gelange, aus den gemeinen Rechten herzuleiten ſey, die Succeſſions-Ordnung aber jederzeit nach der Perſon des Leztverſtorbenen ſich richte; ſolchem zufolge auch verſchiedene Rechtslehrer den nächſten Verwandten des Leztverſtorbenen das Vorzugsrecht in der Succeſſion der Geſchlechtsgüter beylegen, 6

Henr. Coccei de renunciat. et reſeruat. filiar. illuſtr. §. 33.
Senckenberg de ſucceſſione in regn. et principat. cap. 6.
Schilter tr. de renunciat. T. 2. p. 173. ſqq.
Leyſer in med. ad Pand. ſpec. 403. n. 3.

Dennoch aber und dieweil die angeführten Gründe zwar bey der von August von S. herrührenden Hälfte der S—iſchen Fideicommißgüter eine Anwendung leiden und ſolche auf die Vaters Schweſter des lezten Beſizers allein fallen, weil ſolche demſelben dem Grade nach am nächſten, und überdem mit ihm in einer Linie ſteht, darauf aber es allein, hingegen darauf daß die Carl S—iſchen Töchter dem primo acquirenti gleich nahe ſind nichts ankommt, hergegen ſoviel die von Carl von S. beſeſſene Hälfte 7

dieſer Güter betrifft, bey dieſen deren Anwendung wegfällt, und den Carl S—iſchen Töchtern daran die vorzügliche Erbfolge aus folgenden Gründen gebühret:

indem 1) die in Frage ſtehenden Güter von dem erſten Erwerber Ludwig von S. als freye Allodial-Güter käuflich acquirirt, und nur erſt unter deſſen Söhnen im Jahre 1670 zum Beſten des Mannsſtammes mit einem Fideicommiſſe in dem Maaſſe beleget worden, daß wenn einer von ihnen oder deſſen männliche Deſcendenz ausgehen ſollte, die hinterlaſſenen Töchter, zwar die von ihrem Vater beſeſſenen Stammgüter den Agnaten abtreten, hergegen dieſe ihnen ein billigmäßiges Heirathsgut und Ausfertigung ſammt einer weitern und völligen Addition und reichlichen Ueberſchuß bis auf die Hälfte ihres väterlichen Antheils leiſten ſollten;

8 Gleichwohl 2) dieſes bey dem Abſterben des Carl von S. in dem vollen Maaſſe, wie der Vertrag vom Jahre 1670 beſaget, deſſen hinterlaſſenen Töchtern nicht geleiſtet, ſondern darüber im Jahre 1746 unterm 18ten May ein Vergleich dahin geſchloſſen worden, daß a) den Carl S_iſchen Töchtern auſſer den gewöhnlichen Heirathsguts-Geldern à 3000 Fl. einer jeden annoch 4500 Fl. zugebilliget, und dabey verabredet worden, daß dieſes keinem von beyden Theilen zum Nachtheile angeführet werden ſolle;

dahergegen b) auf den Fall, da die Herren von S. ohne männliche Erben verſterben würden, beyden Carl S—iſchen Töchtern ihr an dem S—iſchen Fideicommiſſe ihnen competirendes Regredientrecht auf alle und jede von ihrem Vater bey ſeinem Abſterben beſeſſene und deſſen Agnaten zugefallene Güter und Gefälle ohne einige Widerrede nach Verzichtrechte, eröffnet ſeyn und dagegen vorbeſagtes Capital der 4500 Fl. nebſt dem Heirathsgute an der Agnaten Allodial-Erben wieder zurückfallen ſolle,

und obwohl c) dabey den etwa alsdann am Leben ſeyenden älteren Regredient-Erben, alle Befugniſſe vorbehalten worden, dennoch ſolches keine ältere Regredient-Erben, als die dero Zeit noch im Leben geweſene Bruders-Tochter des Carl von S. die Freyfrau Catharine Magdalene, verehelichte von H. betroffen, folglich dies da ſelbige im Jahre 1765 unbeerbt verſtorben, nunmehr in keinen weitern Betracht kommen kann;

9 Solchemnach 3) der Rückfall der Carl S—iſchen Hälfte an den Fideicommißgütern einen Haupttheil dieſes Vergleiches ausmacht, in Rückſicht deſſen die Carl S—iſchen Töchter die aus dem Geſchlechts-Vergleiche vom J. 1670 auſſer den Brautſchatz-Geldern ihnen bis zur Hälfte der väterlichen Güter gebührende Addition nicht erhalten, dahergegen mit dem auf den Rückfall ſtehenden Capital à 4500 Fl. ſo einer jeden Tochter ausgeſetzet worden, und mit dem vorbehaltenen Regredient-Rechte an dem väterlichen Antheile bey erfolgtem ledigen Anfalle ſich begnügen laſſen, wie dann ſolches in dem darauf im Jahre 1750 eingegangenen eigenen Vergleiche nicht nur nochmals überhaupt beſtätiget, ſondern auch in dem Art. 3 deſſelben von beyden Carl S—iſchen Töchtern zum Beſten des Mannsſtammes der Verzicht geleiſtet, und hinwiederum das Succeſſionsrecht an dem Eigenthume der väterlichen Allodial-Verlaſſenſchaft auf den Abgang der männlichen Linie der von S. ausdrücklich vorbehalten, und ſol-

ſolches in der wegen der väterlichen Erbſchaft ausgeſtellten Verzichts-Urkunde der Freyfrau von L. in folgenden Worten:

daß ich mir daran auf den Fall mein ledig Anfallsrecht reſerviret und vorbehalten haben wolle, dafern der von S—iſche adeliche eheliche Mannsſtamm, in deſſen faveur ich renunciire ſeine Endſchaft erreichen könnte, als welchenfalls mich und meiner adelichen ehelichen Deſcendenz dieſer Verzicht nicht binden ſondern expiriret ſeyn ſolle,

ausgedrückt worden;

Gleichwohl 4) der angeführte Vergleich vom Jahre 1746 und die darauf ſich gründenden übrigen Verträge und Verzichte bey dem jetzt in Frage ſtehenden Falle die Norm und Richtſchnur abgeben, da ſie theils unter den Carl S—iſchen Töchtern und unter den Agnaten der Auguſt S—iſchen Linie geſchloſſen, theils gerade über den jetzt erfolgten Fall, theils auch dabey abſonderlich über die vom Carl von S. herrührende Hälfte der Güter eingegangen ſind, immaßen auf den Fall, da gedachte Agnaten ohne männliche Erben abgehen würden, den Carl S—iſchen Töchtern das Regredientrecht auf alle von ihrem Vater bey ſeinem Ableben beſeſſene und auf die Agnaten gefallene Fideicommißgüter vollkommen und ohne einigen Widerſpruch für eröffnet erkläret, und den Allodial-Erben der Agnaten nur das Rückfalls-Capital von 9000 Fl. nebſt dem Heirathsgute und zwar aus dem Grunde vorbehalten worden, weil dieſes anſtatt der aus dem Geſchlechts-Vertrage ihnen ſonſt gebührenden Hälfte der väterlichen Güter bereits gezahlet und dadurch ein Theil der jetzt erledigten Güter bereits dem Werthe nach abgetragen worden, ſolchemnach dieſer ſpecielle Vertrag, ſchon für ſich allein betrachtet, das Erbrecht der Carl S—iſchen Töchter auf eine ſichere und hinlängliche Weiſe begründet; 10

Dieſem auch 5) die rechtliche Art und Eigenſchaft der geleiſteten Verzichte beytritt, indem dieſe bloß zu Gunſten des Mannsſtammes und bis auf deſſen Abgang geſchehen, folglich nur bis auf den bedungenen Fall ihre Kraft behalten, hergegen bey dem exiſtirenden Falle alle Kraft verlohren, cum ceſſante conditione ſub qua renunciatum eſt, ius reuiuiſcat, cui renunciatum fuerat, 11

Gail lib. 2. obſ. 148. n. 10.

et filiarum ius, quamdiu maſculi ſuperuixerint, tantum ſuſpendatur, et his extinctis redintegretur,

Knipſchild de fideic. famil. c. 8. n. 279. 280.

ſolche rechtliche Wirkung auch

6) durch das dabey eingegangene pactum reſeruatiuum ausdrücklich verſichert iſt, indem die Carl S—iſchen Töchter bey dem geleiſteten Verzichte 12

den Rückfall im Abgange der männlichen Linie an daſſelbe Eigenthum ſich vorbehalten,

wie ſowohl die Worte des Vertrags vom J. 1750 als auch die gleichmäßigen Worte in den Verzichten lauten, dieſes pactum reſeruatiuum aber dieſe rechtliche Wirkung

 hat,

hat, daß der ledige Fall, auf welchen der Verzicht geſtellt iſt, als eine wahre conditio reſolutiua anzuſehen, mithin der geleiſtete Verzicht mit Erlöſchung des Mannsſtammes ſogleich für erloſchen und aufgehoben zu halten, und den Töchtern daher auf gleiche Weiſe, als wenn ſie keinen Verzicht geleiſtet, die Erbfolge auf den von ihrem Vater herrührenden Antheil gebühret, aus allen dieſen Gründen den Töchtern auch nur die Erbfolge in partem renunciatam zuſtehet;

de Cramer de pacto filiae nobilis renunciatiuo reſeruatiuo §. 11. in op. T. I. p. 114.

Io. Andr. Frommann de exiſtentia conditionis pacti renunciatae hereditatis reſeruatiui §. 24.

Knipſchild de nobilit. lib. 3. c. 12. n. 311. p. 172.

Dieſem allen auch die vorangeführten Zweifelsgründe nicht entgegenſtehen, indem wenn auch

13 ad 1) in dem erſten Geſchlechtsvertrage vom J. 1670 die Succeſſionsordnung für das weibliche Geſchlecht bey dem gänzlichen Abgange des männlichen Stammes nicht beſtimmt, wohl aber darin feſtgeſtellt worden, daß bey dem Abgange des Mannsſtammes in einer Linie die Hälfte der darin geſtandenen Fideicommißgüter den Töchtern dieſer Linie zu Theil werden ſolle; und dann dieſes bey dem Abſterben des Carl von S. den Grund zu dem neuen, im Jahre 1746 errichteten Vergleiche gegeben, worin über die Succeſſion in dieſem Carl S—iſchen Antheile beſonders paciſciret, und ſolche dermaßen beſtimmet worden, daß zwar die Agnaten den vollen Carl S—iſchen Antheil gegen eine geleiſtete Abfindung erhalten, die Carl S—iſchen Töchter auch zu Gunſten jener den Verzicht auf dieſen Antheil geleiſtet, hergegen das volle Succeſſionsrecht auf dieſen von ihrem Vater beſeſſenen Antheil bey dem ledigen Anfalle ſich vorbehalten, folglich die Succeſſions-Ordnung hierdurch auf eine ſo deutliche Weiſe feſtgeſtellet worden, daß auch dabey hinwiederum dasjenige, was die Regredient-Erben den Allodial-Erben der Agnaten auf ſolchen Fall zu leiſten und zu vergüten haben würden, beſtimmet iſt, daher in dem gedachten neuen Vergleiche vom J. 1746 ein wahres fideicommiſſum de bonis in caſum extincti ſtemmatis maſculini reſtituendis eingegangen worden;

14 In dieſem Betrachte der ad 2) gemachte Einwand alle Kraft verlieret, immaßen die von Carl von S. beſeſſene Hälfte der Güter zwar mit ſeinem Abſterben auf die Linie der Auguſt S—iſchen Agnaten gefallen, ſolches jedoch unter dem Gedinge geſchehen iſt, daß ſolche bey dem Abgange des Mannsſtamms in dieſer Linie ſogleich an die Carl S—iſchen Töchter wieder zurückfallen, und auf ſolchen Fall, das Regredientrecht ihnen vorbehalten ſeyn ſolle, folglich bey dem jetzt exiſtirten Ausgange des männlichen Geſchlechts der Fall vorhanden, in welchem der vorbehaltene Rückfall eintritt;

15 Hiernächſt ad 3) von den Verzichten, welche von Töchtern auf Lehen oder auf dieſen gleich geltende alte Stamm- und Geſchlechtsgüter bloß aus Vorſicht geleiſtet worden, in Anſehung deren ſie ſchon ipſo iure für ausgeſchloſſen und pro renunciatis

zu

zu halten ſind, keine Folge auf die von den Carl S—iſchen Töchtern ertheilte Verzichte gezogen werden kann; immaßen die S—iſchen Güter von deren erſtem Erwerber Ludwig von S. als freye Erb- und Allodial-Güter hinterlaſſen und erſt von deſſen Söhnen im Jahre 1670 der zum Beſten des Mannsſtammes, beliebte nexus fideicommiſſarius auf ſelbige gelegt, jedoch in Betracht deſſen, daß dem weiblichen Geſchlechte die Erbfolge entzogen werden müſſen, dieſen bey Abgang einer Linie die Hälfte des väterlichen Antheils vorbedungen, und in Rückſicht deſſen vorangeführtermaßen der im Jahre 1746 geſchloſſene Vergleich getroffen, und den Carl S—iſchen Töchtern der Rückfall des väterlichen Antheils auf den Abgang des Mannsſtamms bedungen worden,

Solchemnach nunmehr bey dem Abſterben des letztverſtorbenen Joh. Friedrich 16
Carl von S. von einer gedoppelten Succeſſion die Frage vorwaltet, nemlich a) von der Erbfolge in die auf den Rückfall ſtehende Carl S—iſche Hälfte der Güter, und b) von der Erbfolge in die andere Auguſt S—iſche Hälfte dieſer Güter, und wenn gleich deſſen Allodial-Erben die Succeſſion in die letztere erwachſen, dennoch ihnen kein Recht auf die von Carl von S. herrührende und auf den Rückfall ſtehende Hälfte gebühret, filia enim renunciatrix vel eius heredes in portione renunciata excludunt filias vltimi defuncti, multoque magis eius heredes allodiales,

de Cramer l. c. §. 24.
Ludolph de iure fem. illuſtr. p. 146. §. 37.

indem das von der Nähe der Grade angeführte Argument bey dem letztern Falle zwar 17
ſeine Anwendung leidet, und dem zu folge des letztverſtorbenen vom Mannsſtamme nachgelaſſene Allodial-Erben in gedachten Auguſt S—iſchen Antheil das nächſte Erbfolgerecht genieſſen, hingegen ſo viel den Carl S—iſchen Antheil betrifft, bey dieſem der im Jahre 1746 eingegangene und im Jahre 1750 beſtätigte beſondere Vergleich die ſpecielle Norm abgibt, da dieſer die über den von Carl von S. bey ſeinem Abſterben beſeſſenen Antheil an den Fideicommißgütern getroffene Abrede enthält, und dann dieſe ausdrücklich dahin gegangen, daß bey dem Abſterben der S—iſchen Agnaten ohne männliche Erben, das Regredientrecht an dieſen Antheil den Carl S—iſchen Töchtern eröffnet ſeyn ſolle, ferner auch dabey zugleich darüber, was dieſe hinwiederum den Allodial-Erben des Letztern vom Mannsſtamme zu Vergütung der ausgeſetzten 9000 Fl. zu leiſten haben ſollen, der Vergleich eingegangen, und ſelbſt dadurch der Unterſchied der Erbfolge in den benannten beyden Antheilen der Fideicommißgüter, und der Unterſchied der beyderley Erben anerkannt worden, dieſem allem zufolge den Carl S—iſchen Töchtern ein vorzügliches Recht in der Succeſſions-Ordnung an den väterlichen Antheile dieſer Güter zuſtehet, indem ſie den Erbanfall auf welchen ſie ſich das Regredient-Erbrecht vorbehalten, ſelbſt erlebt, und ſie die einzigen ſind, welche nach unbeerbtem Abſterben der Freyfrau von H. zu der beſonders bedungenen Erbfolge in dem auf ihre Linie gebrachten väterlichen Antheile berechtiget ſind;

Als ſind wir der rechtlichen Meinung:

18 daß bey dem nunmehr erloſchenen S—iſchen Mannsſtamme den Carl S—iſchen Töchtern, Freyfrauen von L. und von M. die von ihrem Vater beſeſſene Hälfte der S—iſchen Güter, zufolge der im Jahre 1746 und 1750 errichteten Vergleichs-Receſſe und vermöge des bey den geleiſteten Verzichten auf den ledigen Anfall beſonders vorbehaltenen und vorbedungenen Erbfolgerechts wiederum angefallen, und ſolche ihnen den Rechten nach vorzüglich gebühre.

Zweyte Frage.

19 Ob die Carl S—iſchen Töchter, Freyfrau von M. und von L. da in den allegirten Transactionen und Vergleichs-Receſſen von der Conferirung der Illaten ihrer Mutter nichts gedacht oder ſtipuliret, ſelbige gleichwohl zu conferiren und den Allodial- und nächſten Erben des vltimi maſculi zu reſtituiren ſchuldig?

20 Obwohl die Carl S—iſchen Töchter zur Conferirung des mütterlichen Eingebrachten für verbindlich daher zu achten zu ſeyn ſcheinen,

Weil 1) die Wiedererſtattung des Eingebrachten an ihre Mutter Erneſtinen gebohrne von St. den gemeinen Rechten nach, von ihnen als Allodial-Erben, bey dem Ableben ihres Vaters Carl von S. geleiſtet werden müſſen,

L. 30. C. de iure dot.
L. vn. §. 7. C. de rei vx. act.

und da ſolches von den Agnaten geſchehen, dieſe hierunter das Geſchäft der Allodial-Erben dem Anſehen nach übernommen haben dürften;

21 Daneben 2) die Agnaten damahls der Bezahlung der Illaten in Rückſicht auf die angefallene Hälfte der Fideicommißgüter ſich unterzogen, und ſolche daher als eine auf dieſer Hälfte der Güter ruhende Schuld anzuſehen ſeyn möchte, welche hinwiederum bey dem erfolgten ledigen Anfalle in Anrechnung zu bringen ſey;

Und wenn gleich 3) über deren Conferirung in dem Vergleiche vom J. 1746 eine ausdrückliche Abrede nicht getroffen worden, dennoch daß ſolche zufolge der Natur und Eigenſchaft dieſer Schuld wieder in Anrechnung gebracht werden könne, es das Anſehen gewinnen dürfte;

22 Dennoch aber und dieweil bey rechtlicher Beurtheilung dieſes Poſtens darauf es vornemlich ankömmt, ob die Wiedererſtattung der Illaten an die verwittwete Frau Erneſtine von S. bey dem Abſterben ihres Gemahls den Allodial-Erben oder den Agnaten obgelegen;

und dann 1) die Agnaten vermöge der von ihnen in die Ehepacten ertheilten Einwilligung und nach dem Geſchlechtsvertrage vom J. 1670 ſolche als eine ihnen obliegende Schuld anerkannt und über die Bezahlung derſelben mit der Frau Wittwe tranſigirt, und ein mehreres nicht, als die eidliche Beſtätigung der Illaten in dem

Ver-

Vergleiche vom J. 1746 von ihr gefordert, ſolchemnach ſie dieſe Bezahlung als ein debitum proprium angeſehen, mithin darunter das Geſchäft der Allodial-Erben nicht geführet, noch daher daraus deren Erben ein rechtlicher Anſpruch zuſtehet;

L. 6. §. 4. D. de negot. geſtis.

Und wenn gleich 2) dieſe Schuld von ihnen, als Erbfolgern in der angefallenen 23 Hälfte der Fideicommißgüter, übernommen worden, dennoch ſolche nach erfolgter Bezahlung als eine bereits getilgte Schuld anzuſehen; und daher eben ſo wenig, als debita feudalia iam ſoluta, wenn nicht beſondere Umſtände eintreten wieder zurückgefordert, und in Anrechnung gebracht werden können, von den Carl S—iſchen Töchtern wieder verlangt werden kann,

Lyncker Cent. 4. dec. 345. et Cent. II. dec. 1073.
de Bremer in problem. iur. feud. Num debita feudalia, a vaſallo ſoluta, heres allodii a ſucceſſore in feudo repetere queat? §. 19. 29.

Bey dieſer aber auch ſonſt beſtrittenen Frage 3) in gegenwärtigem Falle noch be- 24 ſonders in Betrachtung kömmt, daß in dem Vergleiche vom J. 1746 dasjenige, ſo von den verglichenen praeſtandis bey dem erfolgten ledigen Anfalle den Allodial-Erben der Agnaten wieder zu vergüten ſey beſtimmt, und namentlich darunter die den Carl S—iſchen Töchtern bedungenen 9000 Fl. nebſt ihrem Heirathsgute angeſetzet worden;

gleichwohl 4) in eben dieſem Vergleiche in welchem die Bezahlung der mütterlichen Illaten von den Agnaten übernommen iſt, deren Vergütung und Anrechnung den Carl S—iſchen Töchtern bey dem künftig ledigen Anfalle, ſo wie bey jenen geſchehen, nicht auferleget und daher ſtillſchweigend für eine durch die bewilligten pacta dotalia von den Agnaten übernommene eigene Schuld angeſehen worden; übrigens da die Art und Eigenſchaft dieſes von den Agnaten übernommenen praeſtandi auf die angezogenen pacta dotalia ſich gründet, deren Inhalt auch hiebey auſſer rechtlicher Betrachtung nicht geſetzet werden kann;

Als erhellet hieraus:

daß die Carl S—iſchen Töchter, Freyfrauen von L. und von M. aus dem 25 Vergleiche vom J. 1746 einen ſehr wahrſcheinlichen Grund für ſich haben, der Conferirung der Illaten ihrer Frau Mutter und deren Wiedererſtattung an die Allodial-Erben des vltimi defuncti bey dem jetzt erfolgten ledigen Anfalle der Hälfte der Fideicommißgüter ſich zu entledigen.

Dritte Frage.

Ob, wenn den Carl S—iſchen Töchtern nicht auf eine rechtliche Weiſe darge- 26 than und erwieſen werden kann, daß die damaligen Agnaten bey Erwerbung der Güter ihres Vaters Schulden mit übernommen, vielmehr zu Tage liege daß ſie ſelbige, auſſer was ſie nach angeführten Receſſen ihnen und ihrer Mutter zu entrichten gehabt, ganz frey und unbeſchwert bekommen, ſie auch in

kei-

keine Schulden-Aufnahme conſentiret, vielmehr den verlangten conſenſum denegiret, alſo ihre Rechte dadurch beſtens gewahret haben, dieſelben an den auf den Fideicommißgütern annoch haftenden paſſiuis etwas zu bezahlen, oder überhaupt etwas mehreres, als die vorgedachten Vergleiche beſtimmen, zu conferiren oder zu reſtituiren ſchuldig und verbunden ſeyn?

27 Ob nun zwar 1) dem letzteren vom Mannsſtamme eine freyere Macht die Fideicommißgüter mit Schulden zu belegen, aus dem Grunde beyzulegen ſeyn dürfte, weil einige Rechtslehrer, daß der nexus fideicommiſſarius mit deſſen Ableben ſich endige, dafür halten wollen;

28 Darneben 2) in vorſtehender Frage von den auf den Fideicommißgütern noch haftenden paſſiuis die Rede iſt, und dieſe, nach der Analogie der Lehnsſchulden, als onera realia anzuſehen ſeyn, und in Betracht deſſen, quod bona non intelligantur, niſi deducto aere alieno,

L. 39. §. 1. D. de verb. ſignif.

angeführet werden möchte, daß die Carl S—iſchen Erben nach dem Antheile der ihnen zufallenden Hälfte der Güter, auch zur Bezahlung der darauf haftenden Schulden zu concurriren für ſchuldig zu halten;

29 Da aber jedennoch 1) Fideicommißgüter von deren zeitigen Beſitzern eben ſo wenig mit Schulden beſchweret, als ſonſt veräuſſert werden können,

L. 3. §. 2. C. Communia de legatis.
L. 69. §. 1. D. de legatis I.

und wenn ſolches geſchehen, der Nachfolger in Fideicommißgütern ſolche der Regel nach zu bezahlen nicht ſchuldig iſt, ad aeris alieni enim a fideicommiſſi poſſeſſore contracti ſolutionem ſucceſſor non tenetur,

Knipſchild de fid. fam. c. 11. n. 230.
Boehmer Conſ. et deciſ. tom. I. P. II. reſp 87. n. 54.

nec filia renunciatrix tenetur de aere alieno fratrum, ſi portionem ſuam hereditariam repetit,

de Cramer de pacto filiae nob. hereditatis renunciatiuo reſeruatiuo §. 37.

30 Hergegen 2) die Ausnahme, in welcher ein Nachfolger in einem Familien-Fideicommiſſe zum Abtrage ſolcher Schulden verbunden werden ſoll, auf beſondern Rechtsgründen, welche ſolche Verbindlichkeit wirken, beruhen muß, dergleichen in der Verwendung der aufgenommenen Gelder zur Aufrechthaltung des Fideicommiſſes oder in der Einwilligung der Nachfolger in die Schulden enthalten ſind;

An ſolchen Rechtsgründen aber 3) in dem gegenwärtigen Falle wenn dabey die in dem V[illegible]che vom J. 1746 bemerkte 9000 Fl. ausgenommen werden, es gänzlich m[illegible]em die Carl S—iſchen Töchter in die Aufnahme der Schulden ihre Einw[illegible]g nicht ertheilet, vielmehr dieſe auf geſchehenes Anſuchen abgeſchlagen haben.

Auſ=

Auſſerdem auch 4) keine von Carl von S. herrührende Schulden auf den Fidei-commißgütern gehaftet, vielmehr die Agnaten dieſe frey und unbeſchwert und in ihrer völligen Integrität in dem Maße erhalten haben, daß, da bey dem Vergleiche vom J. 1746 vorgekommen, daß einige Güterſtücke ſollten veräuſſert worden ſeyn, in gedachtem Vergleiche nicht allein deren Redintegration oder deren Vergütung verſichert, ſondern auch ſolche darauf nach Inhalt des Vergleiches vom J. 1750 in Anſehung der mangelnden wenigen Morgen Landes geleiſtet, und jeder Morgen mit 50 Fl. vergütet worden, 31

Solchemnach 5) da in gedachten beyden Vergleichen alle die Fideicommißgüter betreffende Forderungen auf das genaueſte beygebracht und abgethan worden, daraus nicht einmal eine Vermuthung übrig bleibt, daß die Agnaten dero Zeit des Carl von S. Schulden übernommen haben ſollten, wohlfolglich die Allodial-Erben den Beweis dieſes Angebens gehörig beyzubringen den Rechten nach verbunden ſind, ſolutionem enim aſſeueranti probationis onus incumbit; 32

L. 25. C. de ſolut.

hergegen die vorberührten Zweifel hiebey keine Anwendung leiden, indem

ad 1) das auf den Gütern ruhende Fideicommiß ſowohl ſeiner Stiftung nach, als vermöge des bloß zu Gunſten des Mannsſtammes geleiſteten Verzichts und dabey vorbehaltenen Erbfolgerechts, auf die Töchter gehet, und 33

ad 2) nur diejenigen Schulden, welche mit Beſtande Rechtens auf Fideicommißgüter gelegt werden können, als onera realia anzuſehen, und den Lehnſchulden gleich zu achten, dahergegen ſolche Schulden, womit die vorigen Beſitzer die Fideicommißgüter eigenmächtig beſchweret, die Art und Eigenſchaft der Erbſchulden behalten, und den Allodial-Erben des letztverſtorbenen zur Laſt fallen;

L. 8. L. 37. D. de acquir. et omitt. hered.

Als halten wir den Rechten nach dafür:

daß die Carl S—iſchen Töchter an den paſſiuis, womit die Fideicommißgüter von den vorigen Beſitzern beſchweret worden, etwas zu bezahlen, und ein mehreres, als die Vergleiche vom Jahre 1746 und 1750 beſtimmen, zu conferiren oder zu reſtituiren, nicht verbunden ſind, hergegen den Allodial-Erben der Beweis obliege, daß einige von Carl von S. gewirkte Schulden von den Agnaten bey der Succeſſion in der von ihm nachgelaſſenen Hälfte der Güter übernommen worden. 34

Vierte Frage.

Ob nicht mit dem dominio directo auch zugleich das dominium vtile auf jeden der Regredient-Erben pro ſua parte übergegangen, oder ob und was allenfalls die Allodial-Erbinnen nach dem 16. April, als dem Sterbetage des letztern vom Mannsſtamme, an den Früchten annoch zu fordern haben möchten? 35

 Ob

36 Ob nun wohl 1) die Rechtslehrer in Beſtimmung der Gründe, nach welchen bey einem abzutretenden fideicommiſſo familiae die Berichtigung der Früchte des letzteren Sterbejahres zu beurtheilen, verſchiedener Meinung ſind, wie aus demjenigen, ſo deshalb von

Knipſchild de fid. fam. c. 10. n. 56. ſqq.

ausgeführet worden, abzunehmen,

inſonderheit hiebey 2) auf die in Lehnrechten

II. F. 28.

feſtgeſetzten Termine und auf den dabey gemachten Unterſchied, ob der letzte Beſitzer vor oder nach dem 1ten März verſtorben, deshalb geſehen werden mögte, weil die Fideicommißgüter den Lehngütern in vielen Stücken gleich geachtet werden, und daraus die Folge erwachſen dürfte, daß, da der letztere Beſitzer den 16. April verſtorben, die ſämmtlichen Früchte des Sterbejahres deſſen Allodial-Erben erworben seyn;

37 Allenfalls aber 3) auf die von

Knipſchild l. c. num. 70.

vorgetragene Meinung Rückſicht zu nehmen seyn mögte, nach welcher die Früchte des Sterbejahrs zwiſchen den Fideicommiß-Erben und den Allodial-Erben des letzten Beſitzers ſo wie ſolches in einem ähnlichen Falle in Anſehung der Früchte des eingebrachten Heirathsguts in

L. 7. pr. D. de iur. dot.

verſehen iſt, pro rata zu vertheilen ſind;

38 Dennoch aber und dieweil 1) den Carl S—iſchen Töchtern das Eigenthum an der Hälfte der Fideicommißgüter welches in der vorſtehenden Frage unter dem dominio directo gemeint iſt, ſofort bey dem Ableben des letzten Beſitzers vom Mannsſtamme ſowohl den gemeinen Rechten nach

L. 7. §. 1. C. ad SCtum Trebell.

als auch in Kraft des pacti reſeruatiui angefallen, und ihnen daher von ſolcher Zeit an auch die volle Nutznieſſung des Fideicommiſſes (welche in vorſtehender Frage unter dem Ausdrucke des dominii vtilis verſtanden) nach Eigenthumsrechte gebühret;

L. 33. D. de rei vind.

39 In mehrerer Erwägung daß 2) das Recht des letzten Beſitzers an den Fideicommißgütern mit deſſen Abſterben ſofort erloſchen, hergegen ſolches den Carl S—iſchen Töchtern durch die Exiſtenz des ledigen Anfalls zu Theil worden, und ſie dadurch das ius vtendi fruendi portione renunciata erlanget, mithin die Früchte des ihnen gebührenden Antheils an den Fideicommißgütern, als ein rechtliches Acceſſorium dieſes Erb- und Fideicommiß-Antheils anzuſehen,

L. 20. §. 3. D. de hered. petit.

a tempore enim exiſtentis conditionis filiae reſeruatrici fructus percepti et percipiendi
debentur ex portione renunciata;

de Cramer de pacto filiae nobilis hereditatis renunciatiuo reſeruatiuo §. 32.

Solchemnach wenn gleich 3) die Ländereyen der Fideicommißgüter den 16. April 40
als am Sterbetage des letzten Beſitzers, bereits beſtellt geweſen, dennoch ſolches nur
ſoviel wirket, daß die Carl S—iſchen Töchter die Vergütung der Einſaat und der Cul-
tur den Allodial-Erben zu leiſten verbunden ſind, hergegen ſolches an der Acquiſition
der Früchte aus den ihnen, nach Fideicommißrechte, angefallenen Ländereyen nicht
hinderlich iſt, quoties enim fructus vna cum praedio ad nouum ſucceſſorem tranſeunt,
nouus ille poſſeſſor qui fructus lucratur, omnes impenſas et ſumtus in culturam factos
heredibus reſtituere tenetur;

Knipſchild l. c. cap. II. num. 73.

Uebrigens 4) dieſe Frage nach der Analogie der Lehnrechte nicht beurtheilet wer- 41
den kann, immaßen die Lehnrechte eine beſondere, und den Allodial-Gütern entgegen-
geſetzte Gattung von Gütern zum Gegenſtande haben, und dieſe daher bey Allodial-
Gütern keine Anwendung leiden, und wenn gleich beyde Gattungen der Güter in eini-
gen Puncten übereinkommen, dennoch auſſerdem die Allodial- und Fideicommißgüter
bloß nach gemeinen Rechten, nicht aber nach dem iure ſpeciali der Lehngüter beurthei-
let werden können, nach gemeinen Rechten aber die Früchte demjenigen gebühren,
dem das Eigenthum zuſtehet,

L. 33. D. de rei vind.

Endlich auch 5) die Meinung des Knipſchilds, nach welcher die Früchte unter 42
beyderley Erben zu vertheilen ſeyn ſollen, keinen rechtlichen Grund für ſich hat, in-
dem dasjenige ſo in Anſehung der Früchte des Eingebrachten in

L. 7. D. de iure dot.

verordnet iſt, auf dem beſondern Rechtsgrunde beruhet, daß der Ehemann das Ein-
gebrachte zur Unterſtützuug der ehelichen Laſten genießet, und in ſolchem Betrachte
auch ſeinen Erben die Nutznieſſung des Eingebrachten nach Maaßgebung der Zeit, in
welcher die Ehe geſtanden, gebühret, davon aber keine ſchickliche Anwendung auf Fi-
deicommißgüter gemacht werden kann, an welchen dem letzten Beſitzer nur auf Lebens-
zeit das Eigenthumsrecht und das damit verknüpfte Benutzungsrecht zugeſtanden, ſo
hergegen mit ſeinem Ableben erloſchen, und auf die Fideicommiß-Erben ſofort gebracht
worden:

Als halten wir den Rechten nach dafür:

daß mit dem angefallenen Eigenthume der Fideicommißgüter auch zugleich 43
das volle Benutzungsrecht auf jeden der Regredient-Erben zu ſeinem Antheil
übergegangen, und daß daher den Allodial-Erben an den nach dem Sterbe-
tage des letzten Beſitzers erſt erwachſenen und noch nicht fällig geweſenen
Früchten der Fideicommißgüter kein gegründetes Recht zuſtehet.

Num. 120.

RESPONSVM.

THEMA GENERALE.

De iure inſpectorem ſiluae conſtituendi domino ſiluae competente.

ARGVMENTA SPECIALIA.

Species facti. n. 1.
Quaeſtiones. n. 2.

Rationes dubitandi.

Principi competit ſuperioritas foreſtalis. n. 3.
Ideoque ius conſtituendi inſpectorem ſiluarum. n. 4.

Rationes decidendi.

Vniuerſitatibus libera competit facultas adminiſtrandi bona, ideoque et poteſtas nominandi inſpectorem ſiluae. n. 5. 6.
Qui deinde a magiſtratu confirmandus. n. 7.
Nec obſtat ſuperioritas foreſtalis principi competens quippe quae iuribus dominii praeiudicium afferre nequit. n. 8. 9. 10.
Imprimis conſuetudo et poſſeſſio ſpectanda eſt. n. 11. 12.
Quaeſtionum deciſio. n. 13.

Rechtsgutachten.

Als uns eine Geſchichts-Erzählung nebſt einigen Fragen zugeſandt, und darüber unſere Rechtsbelehrung erbeten worden; demnach erkennen wir für Recht:

1 Beſitzt die Gemeinde zu M. zwey Wüſtungen eigenthümliches Güter-Gehölz, welche in dem Gebiete der Herrſchaft N. liegen, und von ihr zu Lehn gehen, und exercirt dieſe Landes-Herrſchaft auf ſolchen Wüſtungen die niedrige Jagd, ſo wie hingegen einer andern Herrſchaft die hohe Jagd darauf zuſteht,

Hat ferner gedachte Gemeinde bisher die Holz-Inſpection in gedachten Wüſtungen nebſt den damit verbundenen Ergötzlichkeiten ihrem Schultheißen aufgetragen, ſo wie hinwiederum die Landes-Herrſchaft die niedre Jagd darin durch einen Jäger exerciren laſſen,

Im Jahr 1660 iſt es geſchehen, daß der Schulzendienſt in der Gemeinde mit dem Jägerdienſt in der Perſon des Hans S. eines damahligen Mit-Nachbarn verbunden geweſen, und in eben demſelben Jahre ſind beyde Dienſte, nachdem der Jäger eine anderweite Beförderung erhalten, wiederum getrennt und dem damahls beſtellten neuen Schultheißen Heinrich S. die Holz-Inſpection nach Maßgebung des Hochfürſtlichen Reſcripts Herzogs Ernſt vom 3ten Dec. 1660 beygelegt und beſtätigt worden,

Im

Im Jahr 1690 hat zwar der herrſchaftliche Jäger bey fürſtlicher Cammer ſolche Holz-Inſpection nebſt den damit verbundenen Emolumenten zu erlangen geſucht, jedoch hat die Gemeinde mittelſt Vorſtellung der ihr deshalb zuſtehenden Befugniſſe ein Herzogliches Reſcript vom 27ten März 1690 ausgewirkt, worin es bey der dem damahligen Schultheißen von der Gemeinde zugleich aufgetragenen Holz-Inſpection gelaſſen worden,

Als hinwiederum im Jahr 1764 der herrſchaftliche Jäger bey fürſtlicher Cammer um die Holz-Inſpection nachgeſucht, iſt abermahls ſolches, obgleich von der Cammer begünſtigte Suchen, vermittelſt eines Regierungs-Reſcripts vom 26ten Nov. 1764 abgeſchlagen worden,

Bey dem indeſſen von dem herrſchaftlichen Jäger bey fürſtlicher Cammer von neuem wiederholt eingebrachtem Geſuch wünſcht die Gemeinde in den Rechten belehrt zu ſeyn:

1) Ob die Gemeinde das Recht habe einen Aufſeher über ihr eigenthümliches Holz zu beſtellen, 2

2) Ob der Schultheiß dieſer Gemeinde, der ſo lange Jahre in dem Beſitz dieſer Aufſicht auf das Holz geweſen und durch herrſchaftliche Reſcripte darin geſchützt worden, auf dieſe Aufſicht einen gerechten Anſpruch machen könne?

Ob nun wohl die Beſtellung eines Aufſehers über die Holzungen der Gemeinde der fürſtlichen Cammer aus folgenden Gründen beyzulegen zu ſeyn ſcheint,

Indem 1) dieſelbe die oberforſtlichen Gerechtſame über Holzungen nebſt der damit verknüpften hohen Aufſicht über die forſtmäßige Verwendung des Holzes auszuüben und zu verwalten berechtigt iſt, und davon die Beſtellung eines Holz-Aufſehers als eine Folge anzuſehen ſeyn möchte, 3

Solcher Dienſt auch 2) in vorigen Zeiten und beſonders im Jahr 1660 dem herrſchaftlichen Jäger zugetheilt und dieſer zugleich zum Schultheißen der Gemeinde angeſetzt worden, hingegen die nachherige Trennung beyder Dienſte von fürſtlicher Cammer ſchon öfters in Widerſpruch gezogen iſt, weshalb der Gemeinde kein ruhiger Beſitz der Befugniß ſolche Holz-Aufſicht ihrem Schultheißen aufzutragen zuſtehen möchte, 4

Ueberdem 3) in Betracht kommen dürfte, daß da die Erhaltung des Holzes von einer Aufſicht und Einrichtung abhängt, es für dienſamer zu halten ſey, dieſe einem gelernten Jäger und Forſtverſtändigen aufzutragen, als ſie von dem Schultheißen der Gemeinde führen zu laſſen,

D. a. u. d. beyde Wüſtungen ein eigenthümliches Güter-Gehölz der Gemeinde ſind, und derſelben daher als Gemeinde die Rechte eines jeden Eigenthümers und darunter die freye Verwaltung ihres Eigenthums zuſteht certi enim iuris eſt quod ad integram vniuerſitatem ſpectet dominium et proprietas rerum vniuerſitatis, ideoque et ſylvarum, nemorum, aliorumque bonorum: cuius maximus effectus eſt poteſtas adminiſtrandi diſponendi et vtendi et fruendi cum quilibet ſecundum 5

L. 21. C. mandati

ſit moderator et arbiter rerum ſuarum

Wolfg. Ad. Schoepff de bonis vniuerſitatum §. 6. et 10.

weshalb eine Gemeinde vermöge eigenen Rechts die Holz-Aufſicht über ihre Wüſtungen eben ſowohl wie die Verwaltung anderer Gemeinde-Güter ihren Vorſtehern oder Schultheißen aufzutragen befugt iſt

Fritſchius de iure et ſtatu pagorum germ. cap. 11. et 12. de ſculteti conſtitutione et confirmat. et eius officio et cap. 17. de vniuerſitatis paganicae communibus bonis.

6 Sodann 2) ſolche Holz-Inſpection mit der Anweiſung der Holz-Antheile an die Gemeinde-Glieder verknüpft iſt, mithin eine zum Zweck der eigenthümlichen Benützung der Gemeinde gereichende Verwaltung zum Gegenſtand hat, wozu die Gemeinde nicht allein ihren Schultheißen unter der hergebrachten obrigkeitlichen Verpflichtung den Auftrag zu thun nach dem Recht einer Gemeinheit für befugt, ſondern auch ſolches der Einrichtung und der Verfaſſung der Gemeinde für gemäß zu halten, indem der Schultheiß das Steuerbuch, ſo bey der Anweiſung der Holz-Antheile zum Grunde liegt, in Händen hat, und er dabey von allen bey den Beſitzern in der Gemeinde vorfallenden Veränderungen die richtigſte Kenntniß haben kann,

7 Ueberhaupt auch 3) ſolches Recht in der daſelbſt recipirten

Hennebergiſchen Forſt-Ordnung

gegründet und einer jeden Gemeinde einen eigenen Förſter in ihrer Holzung auf die beſtimmte Art und Weiſe daß er von den Beamten und Forſtmeiſter gebührend in Pflicht genommen werde zu halten und ſolchen zu wählen nachgelaſſen iſt, mithin die Gemeinde ſowohl aus gemeinen Rechten als aus der bemerkten Forſt-Ordnung fundatam intentionem für ſich hat,

8 Dieſem auch 4) nicht entgegen ſteht, daß die beyden Wüſtungen der Gemeinde den oberforſtlichen Gerechtſamen unterworfen ſind, inmaßen dieſe bloß ſolche hoheitliche Rechte enthalten, welche die höhere Aufſicht auf den forſtmäßigen Gebrauch der Waldungen betreffen,

Seckendorf Fürſten-Staat P. 3. C. 3. ſect. 6. §. 2.
Krebs de ligno et lapide p. 195.
Heigius P. I. qu. 15. n. 20. 39.

Hingegen der von jenen weſentlich unterſchiedenen und auf dem Eigenthumsrecht der Gemeinde beruhenden oeconomiſchen Holz-Inſpection nichts angehen welche der Gemeinde wider Willen nicht entzogen werden mag,

L. 11. D. de reg. iur.

9 Folglich wenn gleich 5) die fürſtliche Cammer die höhere Aufſicht auf die forſtmäßige Verwendung der beyden Wüſtungen der Gemeinde durch ihre nachgeordnete Forſt-

Forſtmeiſter nehmen zu laſſen berechtigt, dennoch die fürſtliche Cammer aus keinem Grunde dem zur Ausübung der niedern Jagd beſtellten herrſchaftlichen Jäger diejenige Holz Inſpection aufzutragen, welche nicht aus dem hoheitlichen Forſtrecht herrührt, ſondern einzig und allein aus dem eigenthümlichen Rechte der Gemeinde an den beyden Wüſtungen erwächſt und derſelben auf gleiche Weiſe wie einem jeden Privat-Eigenthümer einer Waldung zuſteht,

Und da 6) bey der höhern Aufſicht der fürſtlichen Cammer über die beyden Wü- 10
ſtungen nur darauf ob ſie forſtmäßig benutzt werden es einzig und allein ankommen kann, folglich auch das Anführen daß der herrſchaftliche Jäger ein gelernter Jäger ſey, völlig für unerheblich um ſo mehr zu halten, als aus dieſem Grunde keinem Privat-Eigenthümer die Beſorgung ſeines eigenen Gehölzes von fürſtlicher Cammer eingeſchränkt werden mag,

Ueberdieß 7) die Gemeinde ſeit mehr denn 100 Jahren, in der Befugniß ſteht, 11
die eigenthümliche Aufſicht ihrer Wüſtungen dem Schultheißen ihrer Gemeinde aufzutragen, und ihm die von ihr dazu ausgeſetzten Ergötzlichkeiten zuzueignen, dieſelbe auch in ſolchem Beſitz gegen die bey fürſtlicher Cammer von dem zeitigen Jäger angebrachte und von derſelben begünſtigte Anforderungen durch landesherrliche Reſcripte auf vorhergehende Erörterung der von beyden Theilen angebrachten Vorſtellungen geſchützt worden, folglich der Beſitz der Gemeinde unter der Eigenſchaft eines widerſprochenen Beſitzes um ſo weniger betrachtet werden kann, weil der Beſitz der Gemeinde durch den mittelſt der ergangenen Reſcripte gehobenen Wiederſpruch nur deſto mehr beſtätigt worden,

Wernher P. VII. obſ. 113.

Endlich 8) auch der Umſtand daß der Dienſt eines Schultheißen und eines herr- 12
ſchaftlichen Jägers im Jahr 1660 in einer Perſon vereinigt worden, ſchon an und für ſich keinen Beweis deſſen, daß ſolche Dienſte für beſtändig vereinigt worden, in ſich enthält, vielmehr daß ſolches nur auf die Perſon des damahligen Jägers gerichtet geweſen daraus ſchon offenbar erhellet, daß noch in eben demſelben Jahr ſolcher Dienſt des Schultheißen nebſt der damit verknüpften Aufſicht über beyde Wüſtungen unter landesherrlicher Genehmigung in dem Reſcripte von der Gemeinde beſonders vergeben worden;

Als ſind wir ſolchem allem nach der rechtlichen Meinung:

Daß die Gemeinde M. einen eigenen Aufſeher über ihr eigenthümliches Holz in 13
den beyden Wüſtungen kraft eigenen Rechts zu beſtellen für wohl befugt zu halten, Daneben der Beſitz darin die Gemeinde ſeit mehr denn 100 Jahren geſtanden, die Aufſicht über ſolche Wüſtungen ihrem Schultheißen aufzutragen, und worin ſie durch die herrſchaftlichen Reſcripte geſchützt worden, auch dem Schultheißen zu ſtatten komme, darauf einen gegründeten Anſpruch zu machen. 1783.

Num. 121.

Num. 121.

RESPONSVM.

THEMATA GENERALIA.

I. De effectu laeſionis enormis et erroris in transactionibus.

II. De effectu reſciſſionis ratione bonorum alienatorum.

Argumenta specialia.

Species facti. n. 1.
Quaeſtiones. n. 2.
Status controuerſiae exponitur. n. 3.
Cauſae ex quibus fraudulenta ad tranſigendum inductio aſſeritur, enumerantur. n. 4.
Dolus manifeſtam probationem deſiderat. n. 5.
Vindicatur transactio contra dolum et inductionem fraudulentam. n. 6.
Laeſio enormis tamquam cauſſa reſciſſionis allegatur. n. 7.
Quam non eſſe probatam demonſtratur. n. 8.
In quaeſtione ſuper laeſione enormi tempus contractus, et obiectum de quo actum eſt, inſpiciendum eſt. n. 9. 12.
Non obiectum remotum de quo lis eſt, ſed incertitudo euentus litis ſpectanda. n. 10. 12. 15.
Quae cum comparari non poſſit cum eo quod ſolutum eſt, reſciſſio transactionis ex capite laeſionis locum non habet. n. 11.
Damnum quod quis ſentit quia lis quae cauſa transactionis fuit proſpere deciſa eſt, transactioni non nocet, n. 13.
Transactio legibus aequiparatur rei iudicatae et ob laeſionem reſcindi nequit. n. 14. 16.
Ex cautela vtili dolus colligi non poteſt. n. 17.
Erroris effectus in transactionibus demonſtratur. n. 18.
Mulieres ſecundum ius commune absque curatore valide contrahere poſſunt. n. 19.
Res dubia eſt ſi euentus adhuc incertus eſt. n. 20.
Diſceſſus a contractu valido deſiderat plenam probationem et facta concludentia adeſſe debent. n. 21.
Quae in caſu obuio non adſunt. n. 22. 23.
Quaeſtionis primae deciſio. n. 24.
Transactione ob laeſionem enormem reſciſſa, bona interim alienata vindicari non poſſunt. n. 25. 26.
Pretium vero reſtituendum eſt iis cui bona debentur. n. 27.
Quaeſtionis ſecundae deciſio. n. 28.

Rechtsgutachten.

§. 1.

1 Nach dem im Jahre 1730 und 1731 erfolgten Abſterben der beyden Brüder Joh. Heinrich Arnold und Wilhelm Adolf Bertram von W. hat die von deren Vaters Bruder Adolf Bertram von W. aus der Ehe mit Marien L. erzeugte Tochter, Anne Catharine Eliſabeth verehlichte von B. aus einem mit jenen über ihr väterliches Vermö-

mögen den 25ten Oct. 1724 errichteten Erbvertrage, deſſen Gültigkeit aber beſtritten worden, bey dem Reichs-Cammer-Gerichte Klage erhoben, ſo wie hergegen der Freyherr Arnold Hermann von W. auf G. die ganze Verlaſſenſchaft aus einem angegebenen teſtamento nuncupatiuo vom 27ten Jul. 1731 und beſonders die väterlichen W—iſchen Stamm- und Stockgüter aus dem hergebrachten Revolutions-Rechte, nicht weniger die freyherrliche Erbgenahmen von H. die mütterlicher Seits aus dem Geſchlecht derer von B. herrührenden an die W—iſche Familie gekommenen der Revolution gleichfalls unterworfenen B—feldiſche Güter in Anſpruch genommen.

Es ergeben auch die bey dem Kaiſerlichen Reichs-Cammer-Gerichte unterm 14ten Nov. 1738 und unterm 6ten Jun. 1755 ergangenen Urtheile, daß der von den von B. angebrachte Erbvertrag von 1724 für ein richtiges Document nicht erkannt, hergegen auf das Suchen ſowohl des von W. als auch der Erbgenahmen von H. in Anſehung der von dieſen in Anſpruch genommenen, dem Rückfall unterworfenen Güter beyfällig geſprochen worden,

Als indeſſen die von B. die reſtitutionem in integrum gegen das Urtheil vom 6ten Jun. 1755 eingewandt, und gegen beyde Gegner ſowohl gegen die von H. als die von W., weitere rechtliche Hülfe geſucht, iſt während der darüber fortgeſetzten Verhandlung zwiſchen den Erbgenahmen von B. und den freyherrlichen Erbgenahmen von H. der in Frage ſtehende Vergleich unterm 9ten März 1765 geſchloſſen worden, mittelſt deſſen die Erben von B. gegen den Empfang von 8000 Thlr., auf die den Erbgenahmen von H. in den erſten Erkenntniſſen zugeſprochenen revolutariſchen B—feldiſchen Güter Verzicht geleiſtet, beyde Theile auch den Rechts-Streit gegen den von W. zu G. auf Koſten der Erbgenahmen von H. fortzuſetzen verſprochen, nicht weniger auf den Fall, daß dieſer Rechts-Streit im Wege Rechtens oder der Güte abgethan werden ſolle, über die daran zu nehmenden gleichen Antheile, unter Ausnahme eines den Erben von B. ausgeſetzten praecipui von 5600 Rthlr. ſich vereiniget.

§. 2.

Nachdem immittelſt in dem mit den von W—iſchen Erben fortgeſetzten Rechts-Streite das End-Urtheil vom Reichs-Cammer-Gericht den 5ten Jul. 1780 dahin ergangen, daß die Erben von B. gegen das Urtheil vom 6ten Jun. 1755 in integrum reſtituiret, und ſie pro heredibus vniuerſalibus der ganzen Verlaſſenſchaft weyl. Wilhelm Adolf Bertram von W. zu B—feld

jedoch vorbehältlich des zwiſchen ihnen und denen von H—iſchen Erbgenahmen unterm 15ten Aug. 1766 errichteten Vergleichs

erklärt worden: ſo iſt zwar dadurch der im vorgedachten Vergleiche beſtimmte Fall eingetreten, daß die erſtrittenen Güter zwiſchen denen von H. und von B. vergleichsmäſſig vertheilet werden ſollten. Es haben jedoch die Erben von B. an dieſen Vergleich nicht gebunden zu ſeyn vermeinet, und bey dem Kaiſerlichen Reichs-Cammer-Gerichte eine implorationem pro reſciſſione transactionis de a. 1765 ex capite doli mali, inductio-

ctionis fraudulentae, laeſionis enormiſſimae et mutuae renunciationis im Jahr 1780 eingebracht, wogegen die freyherrliche Erbgenahmen von H. ihre rechtliche Vertheidigung übergeben, wobey es denn vornehmlich auf folgende zwey Fragen ankommt:

2 1) Ob der Vergleich vom Jahr 1765 aus den angeführten Gründen wieder aufgehoben werden könne, oder nicht?

2) Ob in dem Fall, wenn erſteres geſchehen ſollte, die nach dieſem Vergleiche von den freyherrlichen Erbgenahmen von H. von der Zeit des Vergleichs an veräußerten erbſchaftlichen Güter B—iſcher Seits zurückgefordert, oder auf den Erſatz des Werths beſtanden, oder weder eines noch das andere verlangt werden könne?

§. 3.

3 Was nun die erſte den Rechtsbeſtand des Vergleichs angehende Frage betrift, ſo iſt zu bemerken, daß dieſer Vergleich durch die Unterſchrift der Tranſigenten am 9ten März 1765 vollzogen, durch die Bezahlung der darin bedungenen Vergleichs Summe von 8000 Thlr ſofort unterm 15ten Aug 1765 in Erfüllung geſetzt, ſolcher darauf bey dem Kaiſerlichen Reichs Cammer-Gerichte im Jahr 1771 producirt, auch nach deſſen Inhalt der Rechts-Streit von beyden Tranſigenten gegen die gemeinſchaftlichen Gegner die W—iſchen Erben, bis ins Jahr 1780 fortgeſetzt worden, mithin hier ein Fall vorhanden iſt, wo die Einwilligung der beyden Tranſigenten durch eine vieljährige Anerkennung, durch die geleiſtete und angenommene Erfüllung und durch mehrere in einer Reihe von 15 Jahren demſelben gemäß unternommene Handlungen vielfältig erneuert und auf thätige Weiſe beſtätiget worden. Bey Beurtheilung der vorliegenden Frage ſind daher bloß diejenigen Gründe in Erörterung zu ziehen, aus welchen die Erben von B. dieſen Vergleich in der angebrachten Klage anzufechten und deſſen Wiederaufhebung ſuchen zu können vermeint haben.

§. 4.

4 Von Seiten der von B. werden 1) alle Gattungen der Mängel, als Betrug, Irrthum und Furcht angeführt, wodurch ſie zur Schlieſſung dieſes Vergleichs bewogen und verleitet ſeyn ſollen, und der Grund ſo bedenklicher Mängel wird aus den Eingangs Worten des ſchriftlich entworfenen Vergleichs hergenommen. Nach dieſen ſoll nemlich in der unrichtig angezeigten Lage des bisher verhandelten Rechtsſtreits eine bösliche Verleitung zum Vergleich liegen, indem nicht alle Erbſchafts-Competenten, welche an der Verlaſſenſchaft des im Jahr 1731 verſtorbenen Wilhelm Adolph Bertram von W. Anſpruch gemacht, angeführet, bey dem Verlauf der Sache viele wahre That-Umſtände verſchwiegen und der rechte Gegenſtand der Streit-Sache nicht ausgedrückt ſey, indem der Rechts-Streit nicht über einen genannten Vergleich vom Jahre 1700 und 1701 geführet, hergegen der Haupt-Vergleich vom Jahre 1724, deſſen Gültigkeit in Frage geſtanden, nicht berühret, auch von den übrigen Anſprüchen keine Erwähnung geſchehen, dabey auch unrichtig angegeben ſey, als wären die Erbgenahmen von H. für Univerſal-Erben durch das Urtheil vom 6ten Jun. 1755 anerkannt wor-

worden. Endlich will man eine Anzeige der erweckten Furcht dadurch begründen, daß in dem Eingange des Vergleichs als ein Bewegungs Grund angeführt iſt: es dürfte der gänzliche Ausgang der Sache noch nicht ſo bald zu hoffen ſeyn.

§. 5.

Wenn jedoch ein Vergleich ex cauſa doli erroris et metus mit Erfolg angefochten 5
werden ſoll, ſo werden dazu den Rechten nach ganz andere Gründe als ſolche, die in dem von dem Concipienten entworfenen Eingange des Vergleichs anzutreffen ſind, erfordert. Die Rechte verordnen nemlich ganz der Natur der Sache gemäß, dolum ex indiciis perſpicuis probandum eſſe,

L. 6. C. de dolo malo.

Neque enim ad vim et dolum arguendum qualitas cauſae principalis ſufficit: vnde ſi nihil tale, quod verum metum infert, probari poteſt, conſenſu quaeſtiones terminatas minime inſtaurari oportet.

L. 13. C. de transact.

Die Beſchwerde darüber, daß in dem Eingange des Vergleichs die Lage der verſchiedenen 6
der W—iſchen Verlaſſenſchaft halber im Rechtsgange geſtandenen Proceſſe nicht angezeigt ſey, gehört nicht zur Sache und iſt unerheblich, da von dem unter den beyden tranſigirenden Theilen geſtandenen Rechts-Streite die Anzeige nach dem Inhalt der beyden Urtheile vom Jahre 1738 und 1755, mithin hinlänglich geſchehen iſt.

Es iſt 1) für völlig unerheblich anzuſehen, daß ſo wenig der übrigen Erbſchafts-Competenten, als der von ihnen gemachten Anſprüche Meldung geſchehen iſt, weil dieſe Anſprüche etwas geweſen, was keinen Gegenſtand des unter den Tranſigenten einzugehenden Vergleichs abgeben können.

Ferner kann 2) aus einer unterlaſſenen vollſtändigen Anzeige von der Lage der Streitſache höchſtens nur der Mangel einer Vorſicht hergeleitet werden, welche deshalb anzurathen geweſen, um einem künftigen Streit über die verglichenen Puncte vorzubeugen: hergegen fehlt es an allem Grunde um daraus eine bösliche Verleitung der Tranſigenten zu folgern.

Im gegenwärtigen Falle iſt aber auch in der That 3) die Anzeige des Recht-Streits hinlänglich und zweckmäſſig durch Beziehung auf den Inhalt der beyden am Reichs-Cammer Gerichte ergangenen Urtheile vom Jahr 1738 und 1755 geſchehen, weil über dieſe noch nicht in die Rechtskraft getretenen Urtheile der Vergleich getroffen worden. Es iſt auch dem Inhalt dieſer Urtheile gemäß, daß die Erbgenahmen von H. für die einzigen und nächſten revolutariſchen Allodial Erben ab inteſtato in dem Urtheile vom Jahr 1738 erklärt, und dieſes im Urtheile vom Jahre 1755 nur auf die dem iuri reuolutionis unterworfenen Stock- und Stammgüter eingeſchränkt worden; daß ferner den Erben von B. die Ungültigkeit des Vergleichs vom J. 1701 in ſeparato auszuführen, im Urtheil vom Jahr 1738 vorbehalten und dieſes von ihnen in dem folgenden Jahre wirklich verſucht worden: und hiebey iſt es völlig überflüſſig geweſen, der Gründe, aus welchen

ſie dieſes gethan, mithin des dazu zum Grund gelegten Vergleichs vom Jahr 1724 Erwähnung zu thun.

Eben ſo wenig kann 4) dasjenige, was in dem Eingange des Vergleichs angeführt iſt, für eine Urſache oder für eine Anzeige des Irrthums unter den Tranſigenten angegeben werden, da es auf den Inhalt der ergangenen reichscammergerichtlichen Urtheile gegründet iſt.

Es hat endlich 5) das Anführen, daß der gänzliche Ausgang der Sache noch nicht ſo bald zu erhoffen ſey, zumahl da dies aus der Lage der Sache die unter mehrern Partheyen zu verhandeln geweſen, noch wahrſcheinlicher geworden, vorzüglich unter die zu erwägenden Gründe gehöret, ob der Weg einer gütlichen Auseinanderſetzung dem Wege Rechtens vorzuziehen ſey. Rechtserlaubte Gründe, deren ſich ſogar Richter zur Beförderung der Güte unter den Partheyen bedienen, können auch nicht einen Schein der Furcht oder Verleitung abgeben.

§. 6.

7 Hiernächſt wird II) aus dem Inhalt des Vergleichs vom J. 1765 und aus einer daraus erwachſenen hohen Verkürzung ein Grund hergenommen, den Vergleich nach einer rechtlichen Billigkeit wieder aufzuheben.

Da die Erben von B. auf alle den Erbgenahmen von H. vermöge der cammergerichtlichen Urtheile vom 14. Nov. 1738 und 6. Jun. 1755 zuerkannten und eingeräumten Lehen und revolutariſchen Stamm- und Stockgüter ſammt allen daraus nach Abſterben des letzten Beſitzers von W. erhobenen Früchten und Einkünften ewig Verzicht geleiſtet, und ſolche den Erbgenahmen von H. auf ewig abgetreten, und dagegen nur die Summe von 8000 Thlr. empfangen, ſo wird von den Erben von B. die daraus herrührende Verkürzung auf eine Summe von 500,000 Thlr. ohne dabey die gehobenen Nutzungen zu rechnen, geſtellet. Hiebey beziehen ſich dieſelben auf die Meinung verſchiedener Rechtsgelehrten, daß ein Vergleich wegen einer Verkürzung über die Hälfte wieder aufgehoben und ex

L. 2. C. de reſcindenda vendit.

reſcindiret werden könne, indem ſolches

Carpzov P. II. C. 34. dec. 1.
Leyſer ſpec. 46. med. 6.
Stryk in V. M. Pand. lib. 2. tit. 15. §. 22.
Engelbrecht ad Pand. lib. 2. tit. 15. §. 65.

behauptet.

§. 7.

8 Daß die angegebene Verkürzung welche die Erben von B. durch den Vergleich vom Jahr 1765 zu erleiden vermeinet, in facto übertrieben ſey, iſt bereits von Seiten der freyherrlichen Erbgenahmen von H. in der rechtlichen Vertheidigung vorgeſtellt worden; indem die Erbgenahmen von H. erſt nach dem aufgehobenen Sequeſter in den Be-

Beſitz einiger dem Revolutions-Rechte unterworfenen Güter im Jahr 1756 gekommen, viele Güter bey dem Abſterben des letzten Beſitzers von W nicht mehr unter deſſen Verlaſſenſchaft begriffen geweſen, die Herrſchaft W. denen Erben von B. bereits von den von W—iſchen Erben abgetreten ſey, und die übrigen den Erbgenahmen von H. zugefallenen dem Revolutions-Recht unterworfenen Güter etwa den Werth von 40000 Thlr. betragen dürften. Immittelſt kommt es hierbey nicht ſowohl auf die Summe der angegebenen Verkürzung, ſondern den Rechten nach darauf an, ob der Vergleich vom Jahr 1765 aus irgend einer Art der nachher ſich ergebenden Verkürzung wieder aufgehoben werden könne?

§. 8.

Soll 1) bey dem Vergleich vom Jahre 1765 eine Verkürzung in Anſchlag ge- 9
bracht werden, ſo iſt dabey unſtreitig auf die Zeit des eingegangenen Vergleichs, wie in

L. 8. C. de reſcind. vendit.

geordnet iſt, und auf dasjenige zu ſehen, was in dem Vergleiche verhandelt worden; Vniuscuiusque enim contractus initium ſpectandum eſt et cauſa:

L. 8. pr. D. mandati

et ideo in omnibus conuentionibus id ſequendum, quod actum eſt.

L. 34. D. de regul. iur.
L. 33. D. de contr. emt.
L. 3. D. de reb. credit.

Der Gegenſtand des Vergleichs hat den ſtreitigen Anſpruch der von B. auf die von 10
W—iſche Verlaſſenſchaft betroffen, und dieſe haben darunter zwey reichscammergerichtliche Urtheile vom 14ten Nov. 1738 und vom 5ten Jun. 1755, worin ſolcher Anſpruch ihnen aberkannt worden, gegen ſich gehabt, und aus dem dawider eingelegten Rechts Mittel der reſtitutionis in integrum nur noch einem möglichen aber ungewiſſen beſſern Ausgange der Sache entgegen ſehen können. Dahergegen iſt das Succeſſions-Recht der freyherrlichen Erbgenahmen von H. in den der Revolution unterworfenen Gütern durch vorgedachte zwey Urtheile für gegründet erkannt worden, und das Bedenken, welches ſie ihrer Seits von dem ungewiſſen Ausgange des von Seiten der von B eingelegten Rechts-Mittels zu beſorgen gehabt, iſt weit geringer geweſen, weil ihr Anſpruch den Beyfall des höchſten Gerichts bereits gewonnen, und ſie nach dem Urtheil vom Jahr 1755 bereits in den Beſitz der Güter eingeſetzt worden. Da nun beyde Theile in dieſer Lage der Sache den Vergleich eingegangen, ſo haben die Erben von B. nur auf eine auf einen ſehr ungewiſſen Ausgang beruhende Forderung gegen den Empfang von 8000 Thlr. Verzicht geleiſtet, und die Erbgenahmen von H. haben denjenigen geringen Zweifel, der bey ihrer Forderung noch von dem ungewiſſen Ausſchlage der letztern Inſtanz erwachſen, durch Erlegung der nur gedachten Summe zu heben und ihr Recht damit zu ſichern geſucht. Sollte nun bey dieſem Vergleiche eine

Frage von einer Verkürzung erregt werden, ſo müßte der ungewiſſe Ausſchlag des Rechts-Streits in der Reſtitutions-Inſtanz mit der erlegten Vergleichs-Summe in Anſchlag gebracht werden.

11 So wenig aber dieſes Verhältniß ſich auf einige Weiſe beſtimmen läßt, ſo wenig kann bey dieſem Vergleiche eine Anwendung von der Verkürzung über die Hälfte gemacht werden. Dies iſt ein in der Natur eines Vergleichs liegender Rechts-Grund, nach welchem die aus einer hohen Verkürzung geſuchte Wiederaufhebung bey einem Vergleiche nicht anwendbar iſt. Cum enim transactionis tempore interueniat negotium dubium: dici ſates apte nequit, quid eo tempore ſimplum fuerit, incerto litis euentu nullam aeſtimationem certam admittente vt proinde tunc vltra dimidium quoque laeſio haud recte concipiatur

Voetius in Comment. ad Pand. lib. 2. tit. 15. §. 24.

ipſa enim ratio inſinuat, non poſſe laeſionem dici, vbi non apparet, quid debeatur.

Meuius Part. IV. dec. 30. n. 6.

§. 9.

12 Durchaus aber kann 2) die angegebene Verkürzung nicht nach der Zeit des den 5ten Jul. 1780 ausgeſprochenen reichscammergerichtlichen Urtheils, durch welches den Erben von B. das alleinige Erbrecht an der von W—iſchen Verlaſſenſchaft gegen die Erben des Freyherrn von W. zu G. zuerkannt worden, beurtheilt werden. Soll nemlich bey einer Verkürzung, wo ſie nur bey einem Vertrage ſonſt in Betracht kommen mag, auf den Zeitpunct des geſchloſſenen Vertrages geſehen werden:

L. 8. C. de reſc. vend.

ſo kann der 15 Jahre nach dem Vergleiche erſchienene Zeitpunct, wo der ungewiſſe Ausgang des Rechts-Streits durch das ergangene Urtheil ſeine Beſtimmung erhalten hat, nicht zur Norm genommen werden, um darnach die Verkürzung, die in dem Vergleiche liegen ſoll, zu beurtheilen, indem der Ausgang dieſes Rechts-Streits der ganzen Lage der Sache nach der Umſtand geweſen iſt, wodurch in jedem Falle der Vortheil oder Nachtheil eines der tranſigirenden Theile hat entſchieden werden müſſen. Wie nun in dem Falle, wenn die vorigen cammergerichtlichen Urtheile in der Reſtitutions-Inſtanz eine Beſtätigung erlangt hätten, die Erben von B. einen Vortheil von 8000 Thlr. aus dem Vergleiche erhalten haben würden, ſo würden hergegen die Erbgenahmen von H. den Verluſt dieſer Vergleichs-Summe haben tragen müſſen, und obwohl ſie ſodann weit mehr als über die Hälfte verletzt geweſen, deshalb doch keinen Anſpruch auf Zurückzahlung des Empfangenen haben machen können. Aller Verluſt und Vortheil der aus dem Ausgange des Rechts-Streits erfolgt, iſt bey dieſem Vergleiche als ein immer möglich aber ungewiß geweſener Schaden und Gewinn zu betrachten.

§. 10.

§. 10.

Hiezu kommt 3) daß beyde tranſigirenden Theile den möglichen Vortheil und 13
Nachtheil, den der dero Zeit ungewiſſe Ausgang des Rechts-Streits für den einen oder den andern nothwendig geben müſſen, bey Eingehung deſſelben auf eine thätige Weiſe übernommen haben, indem ſie ſich darin vereinbaret, den Rechts-Streit gegen die gemeinſchaftlichen Gegner, die freyherrlichen Erben von W. fortzuſetzen, dazu auch die Erbgenahmen von H. die Koſten zu leiſten verſprochen. Die ſichere Folge davon iſt aber dieſe, daß beyde tranſigirende Theile jeden Erfolg des künftigen End-Urtheils, welches ſie gemeinſchaftlich auszuwirken übernommen, erwogen und dennoch den Vergleich auf die bekannte Weiſe eingegangen, mithin die Erben von B. auch auf den Fall, da ſie in dem fortgeſetzten Proceſſe das völlige Erbrecht erſtreiten würden, in eine Verzichtleiſtung auf die in dem Vergleiche abgetretenen Güter wiſſentlicher Weiſe und euentualiter ihre Einwilligung gegeben haben.

Da alſo das Urtheil vom 5ten Jul. 1780, worin die Erben von B. pro heredibus vniuerſalibus der von W—iſchen Verlaſſenſchaft erklärt ſind, von beyden tranſigirenden Theilen der Abrede gemäß erſtritten worden, ſo iſt die Verkürzung, welche daraus erwachſen, daß der Gewinn dem Vergleich gemäß getheilt iſt, ein bewilligter und übernommener Schaden: und es leidet dabey der bey ähnlichen Verträgen in Rechten vorkommende Ausſpruch ſeine Anwendung: quod id in transactione actum eſſe cenſeatur, vt quemadmodum emolumentum transactionis ita et periculum ad alterum tranſigentem perueniat

arg. L. 10. D. de contrah. emt. vend.

Dieſerhalben iſt auch das bey dem Kaiſerlichen Reichs-Cammer-Gerichte ergangene End Urtheil vom 5ten Jul. 1780 anders nicht, als unter dem ausdrücklichen Vorbehalt des zwiſchen den von B. und denen von H—iſchen Erbgenahmen errichteten Vergleichs, ertheilt worden.

§. 11.

Schon nach dieſen Rechts-Gründen, welche die Beſchaffenheit der von den Er- 14
ben von B. angeführten Verkürzung betreffen, kann die geſuchte Reſciſſion dieſes Vergleichs für ſtatthaft nicht geachtet werden. Noch mehr erhärten dieſes 4) die Verordnungen der gemeinen Rechte, welche a) überhaupt einem zu Recht beſtändigen Vergleiche die Kraft eines rechtskräftigen Urtheils beylegen, wogegen man ſich mit einer hohen Verkürzung ſo wenig als mit neu vorgefundenen Urkunden ſchützen kann.

L. 4. C. de re iudicata.

Non minorem vero auctoritatem transactionum quam rerum iudicatarum eſſe, recta ratione placuit

L. 20. C. de transact.

Daher kann b) ein Vergleich aus einer hohen Verkürzung, wenn ſie auch das vierfache betragen ſollte, nach

L.

L. 78. in f. D. ad SCt. Trebell.

nicht wieder aufgehoben werden. Es heißt daſelbſt: Heres eius, qui poſt mortem ſuam rogatus erat, *vniuerſam* hereditatem reſtituere, minimam quantitatem, quam in bonis ſolam fuiſſe dicebat, his, quibus fideicommiſſum debebatur, reſtituit; poſtea, repertis inſtrumentis apparuit, *quadruplo amplius* in hereditate fuiſſe. Quaeſitum eſt, an in reliquum, fideicommiſſi nomine conueniri poſſit? Reſpondit ICtus: ſecundum ea, quae proponerentur, *ſi non transactum eſſet*, poſſe.

Bey einem Vergleiche kann auch c) auf eine Verkürzung den Rechten nach um ſo weniger Rückſicht genommen werden, als bey demſelben nie die Beſchaffenheit des in Streit befangenen Anſpruchs, ſondern dieſes allein, daß darüber ein Rechts-Streit deſſen Ausgang ungewiß iſt, unter den Partheyen vorgewaltet, in Betracht gezogen werden ſoll: Nam quod transactionis nomine datur, licet res nulla media fuerit, non repetitur; nam ſi lis fuit: hoc ipſum, quod a lite diſceditur, cauſa videtur eſſe

L. 65. §. 1. D. de condict. indebiti.

15 Das remedium

L. 2. C. de reſcind. vend.

leidet daher deshalb bey einem Vergleiche keine rechtsbegründete Anwendung, weil bey dem Vergleiche nicht die Forderung des einen Theils, als welche zur Zeit des Vergleichs in Streit gezogen iſt, ſondern nur der ungewiſſe Ausgang des Rechts-Streits in Betracht kommen kann, und dieſe mit demjenigen, ſo von dem andern Theile dagegen geleiſtet wird, ſich in kein beſtimmtes Verhältniß ziehen läßt. Quomodo enim dubius litis euentus aeſtimari poterit, cum ea, quae dubia ſunt, aeſtimationem certam non recipiant: is enim qui tranſigit, remittit incertum et dubium litis euentum, ergo laeſionem allegare non poteſt.

Gail lib. 2. obſ. 70. n. 11.

§. 12.

16 Solchemnach iſt 5) die Meinung der Rechtslehrer, welche die Aufhebung eines Vergleichs aus einer ſich demnächſt ergebenden hohen Verkürzung für unzuläſſig halten, den gemeinen Rechten und den in der Natur eines Vergleichs liegenden Gründen angemeſſen; wie ſolche

Fichardus Vol. II. conſ. 30. n. 86.
Meuius Part. IV. dec. 30.
Voetius ad Pand. lib. 2. tit. 15. n. 24.
Lauterbach in coll. th. pract. lib. 2. tit. 15. §. 33.
Cothmann Vol. II. reſp. 53. n. 39. ſq.
Pufendorf obſ. iur. tom. II. obſ. 143.
Wilduogel de transactione non retractanda ob enormem laeſionem §. 17.
Gundling de transactionum ſtabilitate et inſtabilitate §. 42.

aus

aus Gründen der gemeinen Rechte und aus dem Gerichts-Gebrauche behauptet haben. Nach denſelben iſt auch in vorkommenden Fällen in den höchſten Reichs-Gerichten geſprochen worden,

Gail l. c. n. 12.
Gylmann ſymphor. tom. I. P. 3. vot. 16. n. 20. et tom. II. P. 2. vot. 46. n. 20.

und es beſtätiget dieſe bey dem Kaiſerlichen Reichs-Cammer-Gerichte angenommene Meinung in Anſehung der neueſten Zeiten

von Cramer in den Neben-Stunden Th. 76. N. 1. §. 23.

und bemerket dabey: Nos ſic interpretamur legem, quod nec ob laeſionem enormem nec ob enormiſſimam transactio reſcindenda ſit; donec a Caeſare et ſtatibus aliud deciſum.

Daß übrigens die gegenſeitige Meinung inſonderheit in Anſehung einiger damit übereinſtimmenden Landes-Geſetze, als der Sächſiſchen Rechte, auch von verſchiedenen Rechts-Lehrern behauptet worden, darauf kann es hiebey überhaupt nicht, ſondern allein auf die Gründe der gemeinen Rechte ankommen, welche den rechtlichen Beſtand eines auf guten Glauben eingegangenen Vergleichs gegen alle Einwürfe ſichern, die aus einer demnächſt ſich offenbarenden Verkürzung könnten gemacht werden.

§. 13.

III. Der dritte Einwand gegen den Vergleich iſt von der Vermuthung des dabey 17-
mangelnden guten Glaubens hergenommen, welche aus dem Verzichte, welchen die Erben von B. auf alles dasjenige, was die Erbgenahmen von H. aus den Gütern an Früchten und Einkünften empfangen haben und empfangen mögen, haben leiſten müſſen, und hinwiederum aus dem von denen von H. geleiſteten Verzichte auf allen Anſpruch an allem dem, was die von B. aus der W—iſchen B—feldiſchen Erbſchaft an Renten und Einkünften empfangen, deshalb hergeleitet wird, weil dieſes eine cautela abundans et inſolita ſeyn ſoll.

§. 14.

Dieſer Vermuthung fehlt es an allem rechtlichen Beſtande. Der in dem Vergleiche enthaltene Verzicht betrift Anſprüche, welche von beyden Seiten kraft der Haupt-Forderung von Zeit der Klage auf erhobene und zu erhebende Früchte, nach Verordnung der Rechte in

L. 20. §. 11. L. 25. §. 7. de heredit. petit.
L. 2. C. de fructib. et lit. exp.

gemacht werden können, und ein Verzicht auf die Zubehörungen und auf alles das, was die in Streit befangene Sache betrifft, gehöret unter die rathſamen Cautelen. Eine Cautel, welche merita cauſae betrifft, hat noch nie ein Rechts-Gelehrter unter

die verdächtigen Cautelen gerechnet, wie deren in allen Verträgen vorkommenden häufigen Gebrauch

Stryk de cautela in contractibus abundante.

bey allen Gattungen der Verträge erklärt. Dieſe Cautelen gehören zur Vorſicht, und deren Gebrauch ſteht den Rechten nach jedem zu,

L. 17. C. de teſtament.

Daraus ergibt ſich der völlige Ungrund der angebrachten widrigen Vermuthung: welche nur bey verdächtigen Cautelen, die auf Entziehung erlaubter Rechtswohlthaten gerichtet ſind, angeführt werden mag.

§. 15.

18 Noch iſt IV. gegen dieſen Vergleich ein Zweifel aus einem dabey eingetretenen Irrthume erhoben worden, indem die vier Freyinnen von B., welche denſelben eingegangen und unterſchrieben, von der Beſchaffenheit der ihnen zuſtehenden rechtlichen Befugniſſe weder ſelbſt die erforderliche Kenntniß und Unterricht gehabt haben wollen, weil ſie als der Rechte unerfahren anzuſehen, noch auch einen rechtlichen Beyſtand gehabt, ſie auch dieſen Vergleich, ohne einen Curator zu haben, geſchloſſen, deſſen Beyſtand wenigſtens nach teutſchen Rechten, die bey adlichen Familien am meiſten aufrecht erhalten, und durch verſchiedene Landes-Geſetze beſonders beſtätigt worden, erforderlich ſey, überdem ihre Anſprüche an der in Streit befangenen Verlaſſenſchaft ſo klar gegründet geweſen, daß ihr Recht nicht einmahl pro re dubia et incerta zu halten geweſen ſey.

§. 16.

Wird dieſer Einwand nach den Rechten beurtheilet, ſo kann ein Irrthum nur alsdann bey einen Vergleich einen Mangel ausmachen, wenn er nach

L. 29. C. de transact.

den Gegenſtand, worüber man ſich verglichen, betroffen. Niemahls aber kann ein Irrthum über die in Streit befangene Befugniß und deren rechtlichen Gehalt eben deshalb, weil ſie unter den transigirenden Theilen beſtritten worden, einen Vergleich entkräften. Und deshalb ſchützen die Rechte einen Vergleich ſogar gegen neu vorgefundene Urkunden, woraus ſonſt ein Irrthum in Anſehung eines durch Vergleich erlaſſenen Anſpruchs beygebracht werden könnte, und ſie geben demſelben die Kraft eines rechtskräftigen Urtheils

L. 19. L. 20. C. de transact.

Frid. Gottl. Zoller de quaeſt. an ob errorem reſcindi poſſit transactio §. 4.

Zur Schließung eines Vergleichs wird daher 2) eine vollſtändige Einſicht in die Gründe der in Streit begriffenen Forderung nicht erfordert, vielmehr iſt es zum Beſtande eines Vergleichs hinlänglich, daß die verglichene Forderung unter den tranſigirenden Theilen in Streit geſtanden: nam ſi lis eſt, hoc ipſum, quod a lite diſceditur, cauſa eſt transactionis

L.

L. 65. §. 1. D. de cond. indeb.

wenn vollends der Vergleich über den ungewiſſen Ausgang einer bereits im Rechtsgange ſtehenden Sache geſchloſſen wird, ſo iſt dazu noch weniger eine große Einſicht der Rechte erforderlich. Aus eigener Kenntniß haben die Erben von B. hinlängliche Wiſſenſchaft davon gehabt, daß ihr Anſpruch an die von W—iſche Verlaſſenſchaft ihnen bereits durch zwey Urtheile aberkannt worden, und daß es ungewiß geweſen ob beyde Urtheile dürften abgeändert werden. Dieſes abzuwarten, oder aber einen Vergleich darüber einzugehen, iſt bloß der Gegenſtand des Entſchluſſes geweſen, welchen zu faſſen die volljährigen Freyinnen von B. aus eigener Beurtheilung vollkommen fähig geweſen.

Daß ferner 3) die Erben von B. den Vergleich von ihrer Seite allein unterſchrieben, hat die ſelbſt redende Urſach, weil ſie die Haupttranſigenten, und ſie ſämmtlich volljährig geweſen ſind. Daß ſie aber deshalb den Vergleich ohne rechtlichen Beyſtand geſchloſſen haben ſollten, dazu läßt ſich daraus keine Folge ziehen. Die freyherrliche Erbgenahmen von H. haben das Gegentheil darzuthun, ohne Obliegenheit übernommen, und durch das zum ewigen Gedächtnis veranlaßte Zeugen-Verhör ſo viel beygebracht, daß die Erben von B. nicht allein ihren Advocaten, den Hofrath J. ſondern auch einen unpartheyiſchen Rechtsgelehrten, den Syndicus der Reichsſtadt Aachen, Licentiaten S. zu Rathe gezogen, und daß ſie unter deren mündlich und ſchriftlich mitgetheilten Erinnerungen und unter Vermittelung der Gräfin von C. den Vergleich eingegangen, wie dieſes in der rechtlichen Vertheidigung aus den eidlichen Ausſagen vorgeſtellt worden iſt.

Auch ſind 4) die Erben von B. als großjährige Perſonen den Vergleich ohne Beytritt eines Curators zu ſchließen berechtiget geweſen, und aus der Eigenſchaft ihres Geſchlechts können ſie keinen rechtlichen Grund zu einer Rechtshülfe gegen den verbindlichen Vergleich herleiten 19

L. 32. pr. D. ad SC. Velleian.
L. vlt. C. de iur. et facti ignor.

Die Zuziehung eines Curators bey Verträgen, welche Perſonen weiblichen Geſchlechts eingehen, beruhet bloß auf Verordnung der Sächſiſchen Rechte. Dieſe ſind weder vordem allgemeine teutſche Rechte geweſen, noch auch werden dieſe beſonderen Rechte anderwärts, als wo ſie aus den Sächſiſchen Rechten angenommen ſind, für verbindlich anerkannt. Darauf aber, daß ſolche in den Localrechten angenommen oder ſonſt vorgeſchrieben ſind, haben ſich die Erben von B. zu beziehen nicht vermogt.

Am wenigſten hat 5) das Anführen, daß der Vergleich eine Sache betroffen, 20
welche nicht pro dubia und incerta zu halten, einigen Anſchein, indem eine Forderung, wenn ſie gleich an und für ſich gegründet ſeyn mag, dennoch bey einem unzulänglichen Beweiſe zweifelhaft und ungewiß wird. Wenn nun gleich den Erben von B. der von ihnen gemachte erbſchaftliche Anſpruch durch das Urtheil von 5. Jul. 1780 zugeſprochen

chen worden, ſo kann dennoch daraus die Folge mit keinem Anſchein gezogen werden, daß bey dem Vergleiche vom Jahr 1765 keine res dubia et incerta vorhanden geweſen, indem ihre Rechts-Angelegenheit nach der Lage, worin ſie zur Zeit des Vergleichs geſtanden, und wo ſie einer Abänderung zweyer widrigen Urtheile nicht ohne Beſorgniß noch entgegen ſehen müſſen, beurtheilet werden muß.

§. 17.

21 VI. Der beſondere Grund nach welchem die Erben von B. aus dem, was nach dem Vergleiche vom Jahr 1765 vorgefallen iſt, eine rechtliche Befugniß, von dieſem Vergleiche beſonders in Anſehung deſſen, was in deſſen zweytem Haupttheile verabredet iſt, abgehen zu können, darzuthun geſucht, beſtehet darin, daß, da die freyherrlichen Erbgenahmen von H. den Rechtsſtreit gegen die von W. zu G. ohne Aufſchub zu betreiben und dazu die erforderlichen Koſten herzugeben verſprochen, ſie eines Theils die Erben von B. ihrem Schickſal überlaſſen, und dann noch dazu einſeitig mit den von W—iſchen Erben über einen Vergleich einige Jahre hindurch verhandelt, andern Theils auch ſelbſt ipſo facto von dem Vergleiche abgegangen, indem ſie declariret haben ſollen, daß ſie ihn zu halten nicht geſonnen, noch auch verlangten, daß jene daran gebunden ſeyn ſollten; und gleichwohl in dem Fall, wenn der eine tranſigirende Theil gegen die Abrede handele, der andere Theil nach dem

L. 14. C. de tranſact.

das Recht erlange, von dem Vergleich ebenfalls abzugehen.

§. 18.

Was nun dieſen Einwand betrifft ſo fehlt es in Anſehung deſſen an wahren dem Vergleiche entgegen laufenden Handlungen und an der richtigen Anwendung der angeführten rechtlichen Verordnung.

Der Inhalt des Vergleichs über den gegen die Freyherrn von W. fortzuſetzenden Rechtshandel beſtehet darin: daß

> beyde tranſigirende Theile folgendes verabredet und feſtgeſetzet: daß gedachter ratione teſtamenti noch unentſchieden ſtehender Rechtshandel ohne fernern Aufſchub auf die zwiſchen beyden tranſigirenden Theilen ſchicklichſte Art fortgeſetzet, und die dazu erforderliche Koſten von den von H—iſchen Erben und Conſorten einſeitig gegeben würden.

Der Vergleich ergibt daher, daß nicht allein beyde tranſigirende Theile, zur Fortſetzung des Proceſſes ſich verbunden, ſondern daß ſie auch, in Anſehung der Art und Weiſe, auf eine zwiſchen beyden tranſigirenden Theilen ſchickliche Art ſolches zu thun verabredet haben. Dieſe ſchickliche Art, den Proceß fortzuſetzen, iſt jedoch in dem Vergleiche ſelbſt nicht beſtimmt: und ſie hat daher bey dieſer gemeinſchaftlichen Rechts-Angelegenheit entweder durch das billigmäßige Ermeſſen eines Dritten, oder durch eine gemeinſchaftlich getroffene Abrede feſtgeſetzt werden können,

Wer-

Werden nun 2) die in der Implorations⸗Schrift angeführten Handlungen nach dieſem Inhalte des Vergleichs beurtheilet, ſo liegt in keiner derſelben eine demſelben entgegen laufende Handlung.

Daß a) der Proceß bey dem Cammergerichte bis ins Jahr 1768 geruhet, ſolches fällt den Erben von B. auf eine völlig gleiche Weiſe zu Laſt; denn auch ſie haben in dieſen Stillſtand auf eine thätige Weiſe eingewilliget.

Demnächſt iſt b) der fernere weitere Betrieb der Sache bey dem Reichs⸗Cammergerichte eine gemeinſchaftliche Sache beyder Theile geweſen. Zu der ſchicklichen Art, dieſes vergleichsmäßig zu bewirken, iſt eben ſowohl der eigene Betrieb der von B. als eine deshalb mit den von H. zu treffende Vereinbarung erforderlich geweſen.

Auch iſt c) dieſes alles den von B. unſchädlich geblieben, und der Proceß in der Folge unter beyderſeitigem Betriebe bis zu dem für ſie erfolgten glücklichen End⸗Urtheile vom 5ten Jul. 1780 fortgeſetzt, und ſo iſt der Vergleich erfüllt worden, ohne daß die von B. vor erfolgter Erfüllung auf ein vermeintliches Recht, von dem Vergleich abzutreten, ſich bezogen. Da alſo bis dahin alles auf deren ſtillſchweigend ertheilten Einwilligung beruhet: ſo kann nunmehr, nach erfolgter Erfüllung des Vergleichs, über eine nicht ſchicklich geſchehene Nachkommung des Vergleichs weiter keine Frage erwachſen, noch weniger ein Rücktritt von dem bis dahin in gemeinſchaftlicher Führung des Proceſſes beſtändig anerkannten Vergleiche ſtatt haben.

Daß endlich d) die Erbgenahmen von H. die Koſten des Proceſſes wirklich erlegt, deshalb haben ſie ſich auf acta Cameralia in der rechtlichen Vertheidigung §. 14. bezogen.

§. 19.

Es können auch 3) beſonders die von den Erbgenahmen von H. mit den von 22
W—iſchen Erben verſuchten Vergleichs⸗Unterhandlungen, als vergleichswidrige Handlungen, nicht angeſehen werden, weil ſelbſt der Vergleich vom Jahr 1765 Art. 5. mit auf den Fall geſchloſſen iſt,

> daß durch einmüthige Einwilligung der intereſſirten Partheyen über dieſen Rechtshandel mit dem von W. zu G. ein Vergleich getroffen werden ſollte.

Vergleichs⸗Verhandlungen, welche von einem von mehrern Intereſſenten einſeitig geſchehen, ſind an und für ſich rechtserlaubte und unſchädliche Handlungen, weil ſie zum Zweck einer dereinſt gemeinſchaftlich einzugehenden Vereinigung unternommen werden, und dergleichen einſeitige Vorſchläge ſind von einem einſeitigen Vergleich weſentlich unterſchieden. Um einen Vergleich vorzubereiten, haben die Erbgenahmen von H. einſeitige Vergleichs⸗Unterhandlungen mit Beſtande Rechtes vornehmen können. Sie haben aber ſolche auch denen von B. anzeigen laſſen, und die Erben von B. haben hinwiederum nachdem ſie die gemachten Vergleichs⸗Vorſchläge nicht annehmlich gefunden, von ihrem Entſchluſſe den Erbgenahmen von H. mittelſt des an

ihren Bevollmächtigten gerichteten Schreibens vom 18. Febr. 1779 Eröffnung thun laſſen. Auf dieſe Weiſe ſind die bloß in Vortrag gekommenen Vergleichs-Vorſchläge von denen von H. völlig abgebrochen worden. Da dieſe Unterhandlungen ſowohl an und für ſich als auch nach Inhalt des Vergleichs erlaubter Weiſe gepflogen worden: ſo kann darin eine Contravention gegen den Vergleich vom Jahr 1765 mit keinem Anſchein geſetzt werden.

Endlich iſt es 4) für eine wahre Misdeutung der unter den Vergleichs-Vorſchlägen geſchehenen Erklärung anzuſehen, wenn die Erben von B. die in dem Schreiben der Erbgenahmen von H. vom 7ten Jan. 1779 ertheilte Erklärung für eine bewilligte Aufhebung des Vergleichs anſehen wollen, indem dieſe dem Verſtand nach nur dahin gehet, daß bey den neuen Vergleichs-Vorſchlägen der vormahlige Vergleich vom Jahr 1765 nicht zur Grundlage dienen könne: und daferne die von B. darauf beſtehen ſollten, der in Vorſchlag ſtehende neue Vergleich auf keiner von beyden Seiten für thunlich zu halten ſey. Dieſe in Rückſicht auf den neu einzugehenden Vergleich geſchehene Erklärung kann mit keinem Beſtande als eine Aufkündigung des Vergleichs vom Jahr 1765 angeſehen werden.

§. 20.

23 Aus dieſem Vergleichsgeſchäffte erhellet noch ferner ſoviel, daß die Erben von B. noch ein Jahr vor dem am 5ten Jul. 1780 ergangenem Urtheile in den Schreiben vom 21ten Jan. und 28. Febr. 1779 mit den Erbgenahmen von H. die Sache vergleichsmäßig verhandelt, und daß jene die letztern in der Abſicht, um der gerichtlichen Entſcheidung zu Wetzlar keinen Aufenthalt zu geben, zu benachrichtigen gebeten, daß ſie in die Vergleichs-Vorſchläge mit den von W—iſchen Erben ſich einzulaſſen nicht geſonnen ſeyen. Haben ſie alſo bis dahin die Sache gemeinſchaftlich im Wege Rechtes und im Wege der Güte verhandelt: ſo ermangelt es an allem Grunde, woraus ſie von dem bis dahin anerkannten Vergleich abzugehen berechtiget ſeyn könnten.

Solchem allem nach bin ich der rechtlichen Meinung,

24 daß der Vergleich vom Jahr 1765 auf vollem Rechtsbeſtand beruhe, und aus den in der Implorations-Schrift angeführten Gründen nicht wieder aufgehoben werden könne.

§. 21.

25 Die zweyte Frage iſt nach dem §. 2. auf den Fall gerichtet, daß der Vergleich vom Jahr 1765 aufgehoben werden ſollte: und ich kann nach der Lage der Acten wohl annehmen, daß von keinem Falle, da der Vergleich aus einem Grunde der Nichtigkeit, als wozu nicht einmahl ein Anſchein vorhanden iſt, ſondern bloß von dem Falle die Frage entſtehen könne, da der Vergleich aus der angegebenen hohen Verkürzung durch das remedium vtile ex

L. 2. C. de reſcindenda venditione.

wie-

wieder aufgehoben werden könnte: als welcher Fall auf der ſtreitigen Rechtslehre beruhet, von welcher ſchon die alten Rechtslehrer angemerkt, quod imperatoria deciſione indigeat,

Henr. Cocceii de remedio L. 2. C. de reſcind. vendit. th. 25. p. 21.

§. 22.

Jedoch auch in dieſem Falle können 1) die von den freyherrlichen Erbgenahmen 26
von H. nach dem Vergleiche vom Jahr 1765 veräuſſerten erbſchaftlichen Güter B—iſcher Seits nicht wieder zurückgefordert werden.

Dieſes erhärtet ſchon 1) die Natur und Eigenſchaft des remedii ex

L. 2. C. de reſcind. vendit.

welches eine unmittelbare aus den Geſetzen herrührende Klage, folglich eine bloß perſönliche Klage iſt, welche nur allein gegen die Paciſcenten, nicht aber gegen einen dritten Beſitzer der veräuſſerten Güter ſtatthaft iſt,

Voetius ad Pand. lib. 18. tit. 5. §. 6.

Struuius in ſynt. iur. ciu. lib. 18. tit. 5. §. 91.

Von Seiten der Erben von B. kann auch 2) aus einem iure in re an den veräuſſerten Gütern kein Anſpruch begründet werden, weil ſie dieſe Güter mittelſt des an und für ſich gültigen Vergleichs vom Jahr 1765 abgetreten, und ihres daran gehabten Rechts ſich begeben, daraus aber die Erbgenahmen von H. das Eigenthum an dieſen Gütern von ihnen, als Eigenthümern, erlanget, welches ſie auf die jetzigen Beſitzer unwiederruflich zu bringen vermocht.

Der Einwand, daß gleichwohl 3) der Vergleich wieder aufgehoben werde, und alsdann die Regel eintrete, quod reſoluto iure concedentis, reſoluatur ius conceſſum, worauf

Henr. Cocceii l. c. th. 7.

bey der behaupteten gegenſeitigen Meinung ſich bezieht, kann hiebey deshalb mit Beſtand nicht gemacht werden, weil nicht von einem Falle, da der Vergleich aus einem Grunde der Nichtigkeit, ſondern aus einer überaus hohen Verkürzung, mithin blos aus einem Grunde der Billigkeit aufgehoben werden könnte, die Frage vorwaltet, und in ſolchem Falle der Vergleich bis zur Zeit der Aufhebung beſteht, hergegen nur erſt von ſolchem Zeitpuncte an ſeine Kraft verliehrt, oder wie die Rechts-Lehrer es kurz ansdrücken, der Vergleich in ſolchem Fall nicht ex tunc, ſondern ex nunc, reſcindirt wird,

Lauterbach in coll. th. pr. lib. 18 .tit. 5. §. 50.

Der vorangeführte Satz, quod, reſoluto iure concedentis, reſoluatur ius conceſſum, leidet hierbey keine Anwendung, weil dieſer nur dann ſtatt findet, wenn jemand der ein wiederrufliches Recht hat, einem andern ein Recht ertheilt, indem deſſen Dauer von dem Rechte des Verleihers abhänget, es kann ſolcher aber nicht bey einem verliehenen

henen unwiederruflichen Rechte zur Anwendung gebracht werden, daher kann ſolcher bey einem Vergleiche, welcher an und für ſich ein unwiederrufliches Recht gibt, keine Wirkung haben, wenn ſelbiger auch aus einer ſich nachher ergebenen hohen Verkürzung der Gefahr der Reſciſſion ausgeſetzt iſt.

Struuius in ſynt. iur. ciuil. ex. 23. th. 87. ibique *Müllerus*.
Lauterbach l. c. §. 51.

Und obwohl 4) die geſammte von W—iſche Verlaſſenſchaft denen von B. vermöge des reichscammergerichtlichen Urtheils vom 6ten Jun. 1755 bis zum erfolgten Endurtheil ſpeciali nexu verhaftet bleiben ſollen: ſo können dennoch die Erben von B. ſich darauf nicht beziehen, da ſie in dem Vergleich vom Jahr 1765 bewilliget, daß die abgetretenen Güter von dem durch das Urtheil von 1755 zugeſprochenen nexu hypothecae vollkommen ledig und befreyet ſeyn ſollten.

§. 23.

27 Dahergegen würde II. in dem geſetzten Fall den Erben von B. das Recht zuſtehen, den Erſatz des Werths der veräuſſerten Güter zu fordern. Dieſes iſt 1) nicht allein in dem allgemeinen Rechts-Satze gegründet, daß wenn eine Verbindlichkeit durch Wiedererſtattung der Hauptſache nicht erfüllet werden kann, der Werth derſelben zu erſtatten, beſonders wenn der verbundene Theil den Werth durch Verkauf eingehoben,

L. 18. D. quod metus cauſa.

ſondern es liegt dazu 2) noch ein beſonderer Grund in dem remedio

L. 2. C. de reſcind. vend.

indem der beklagte Theil, daferne er das in Gemäßheit des Contracts empfangene nicht wieder abtreten will, dasjenige, was an dem wahren Werth des abgetretenen Guts ermangelt, nachzuſchieſſen, und die aus dem Contract herrührende Läſion zu erſetzen gehalten iſt.

L. 2. C. de reſcind. vend.
C. 3. X. de emt. vendit.

Solchemnach bin ich des rechtlichen Dafürhaltens:

82 Daß in dem geſetzten Falle, daß der Vergleich vom Jahr 1765 ex capite laeſionis wieder aufgehoben werden ſollte, die Erben von B. zwar kein Recht haben, an den nach dem Vergleich veräuſſerten erbſchaftlichen Gütern einen Anſpruch zu machen, hergegen ſie die rechtliche Befugniß vor ſich haben würden, von den freyherrlichen Erbgenahmen von H. den Erſatz des Werths dieſer Güter zu fordern. 1783.

Num. 121.

Num. 122.

RESPONSVM.

THEMA GENERALE.

De confirmatione hypothecae in iudicio et praeuia cauſſae cognitione peragenda.

ARGVMENTA SPECIALIA.

Species facti. n. 1.
Quaeſtio prima et ſecunda. n. 2.

Rationes dubitandi.

Actus iurisdictionis voluntariae, qualis eſt confirmatio negotii, extra locum iudicii recte peragitur. n. 3.
Iudex fines iurisdictionis excedens partibus damnum inferre non poteſt. n. 4.
Confirmatio hypothecae recte fit ſi debitor et creditor de ea conſentiunt nec opus eſt conſenſu anteriorum creditorum. n. 5.

Rationes decidendi.

Confirmatio hypothecae quae in bonis immobilibus conſtituitur eſt actus iurisdictionis voluntariae mixtae. n. 6.
Peragenda itaque eſt in loco iudicii et in pleno ſenatu. n. 7.
Actus a membro collegii absque mandato ſuſcepti non valent. n. 8.
Hypotheca non rite confirmata pro publica haberi nequit. n. 9. 11.
Hypotheca bonis ciuicis impoſita coram magiſtratu confirmanda. n. 10.
Actus nullus non facile validus fit. n. 12.
Quaeſtionum deciſio. n. 13.
Quaeſtio tertia. n. 14.
Creditor qui ad refectionem aedium credidit, tum demum iure potiori vtitur, ſi pecunia in eum finem data et verſa eſt. n. 15. 17.
Nec ſufficit ſola verſio et conſenſus praeſumtus. n. 16.
Quaeſtionis deciſio. n. 18.
Quaeſtio quarta et quinta. n. 19.

Rationes dubitandi.

Aduerſus iudicem male procedentem actio datur. n. 20.

Rationes decidendi.

Qui ſua culpa damnum ſentit, neminem accuſare poteſt. n. 21.
Debitori competit ius res ſuas vlterius obligandi et pignori dandi. n. 22.

Rechtsgutachten.

Als uns eine Geſchichts-Erzählung nebſt beygefügten Fragen zugeſandt und darüber unſere in Rechten gegründete Meinung erbeten worden; demnach erkennen wir für Recht:

1 Hat der Sattler H. im Jahr 1766 ein neues Haus zu H. zu bauen unternommen und zu ſolchem Behuf ein Anlehn von 300 Thlr. bey dem Oberamtmann W. negociirt auch deshalb eine unterm 14ten Jan. 1767 vom daſigen Magiſtrate confirmirte Schuld- und Pfand-Verſchreibung, worin er ſein Haus zum Unterpfand eingeſetzt hat, ausgeſtellet; da indeſſen Umſtände eingetreten ſind, weswegen der Oberamtmann W. die verſprochene Geldſumme von 300 Thlr. nicht ſelbſt herleihen können, hat der Bürgermeiſter F. ſolche Summe gegen erfolgte Ceſſion der gedachten Hypothek und der übrigen aus nur gemeldeter Schuld- und Pfand-Verſchreibung herrührenden Rechte darzuleihen ſich bereit erklärt, iſt auch ſolches mittelſt geſchehener Ceſſion der unterm 7. März 1767 ausgeſtellten Obligation wirklich erfolgt.

Inmittelſt hat der Schuldner H. da er mit dieſer Summe die Koſten des Baues zu beſtreiten noch nicht vermogt, bey dem Bürgermeiſter F. um ein anderweitiges Anlehn von 200 Thlr. angeſucht, und hat derſelbe ihm dieſe Summe unter dem Vorbehalte daß das qu. Haus ihm deshalb gleichfalls zur Sicherheit dienen ſollte, wirklich vorgeſtreckt, jedoch in Rückſicht deſſen, daß die Zinſen von beyden Geld-Poſten wegen der zu verſchiedenen Zeiten geſchehenen Aufnahme der Capitalien nicht gleichförmig gefallen ſind, über beyde Poſten einen Wechſel vom 14ten Febr. 1770 jedoch absque novatione und bloß unter der Verpfändung ſeines bereiteſten Vermögens ſich ausſtellen laſſen.

Nachher hat der Sattler H. ohne Vorwiſſen des erſten Gläubigers ein Anlehn von 160 Thlr. von dem daſigen Kaufmann R. aufgenommen und dieſem mittelſt einer Schuld- und Pfand-Verſchreibung ſein indeſſen ausgebauetes Haus verhypothecirt und nebſt dem Gläubiger R. den Gerichtſchulzen B. als den erſten des daſigen Magiſtrats vermogt, daß dieſer ohne dem Bürgermeiſter F. davon eine Nachricht zu geben oder denſelben adcitiren zu laſſen, und ohne über die Confirmation, ob und welchergeſtalt ſie geſchehen möge in curia eine Erörterung anzuſtellen, und die Meinung der übrigen Glieder des Senats zu vernehmen, die Confirmation in ſeiner Wohnung im Nahmen des geſammten Magiſtrats und unter der Unterſchrift vom Bürgermeiſter und Rath ausgeſtellt und mit dem Stadt-Inſiegel beſtätigen laſſen;

Sobald der Bürgermeiſter F. hievon Nachricht erhalten, hat er zwar dagegen proteſtirt, als aber indeſſen über des Schuldners H. Vermögen ein Concurs ausgebrochen, iſt in dem eröffneten Urtheile der Bürgermeiſter F. zwar mit 300 Thlr. nach ſeinem ihm gebührenden Vorrechte angeſetzt, hingegen mit den aus dem Wechſel vom 14ten Febr. 1770 hinzugekommenen 200 Thlr. nachlocirt und der Kaufmann R. mit 160 Thlr. und Zinſen ihm vorgeſetzt worden

Wie nun der Bürgermeiſter F. dadurch beſchwert zu ſeyn erachtet ſo erwachſen folgende Fragen:

Erſte Frage:

2 Ob die Confirmation welche der Gerichtsſchulz B. zu H. am 1ten Jul 1773 dem Kaufmann R. über die von dem Schuldner H. ausgeſtellte Obligation und

und Verpfändung ſeines Wohnhauſes ohne vorhergehende Adcitation und Einwilligung des ältern hypothecariſchen Gläubigers auch ohne Zuziehung der übrigen Glieder des Magiſtrats ertheilt, zu Recht beſtehen könne?

Zweyte Frage.

Ob dadurch dem Gläubiger R. eine gerichtliche und öffentliche Hypothek an des Schuldners Hauſe conſtituirt werden mögen?

Ob nun wohl für den Rechtsbeſtand der gerichtlichen Confirmation der in Frage ſtehenden Hypothek angeführt werden mögte, 3

daß 1) die gerichtliche Confirmation eines Rechtsgeſchäfts nach gemeinen Rechten die Eigenſchaft eines actus voluntariae iurisdictionis hat, bey welchem dazu daß ſolcher ciuiliter für gültig gehalten wird, bloß auf die interpoſitionem auctoritatis publicae es ankomme und dergleichen Handlungen auch auſſerhalb der Gerichtsſtelle in des Richters eigener Wohnung vollzogen werden mögen

L. 2. D. de offic. proconſ.
L. 36. D. de adoptionib.

und wenn gleich 2) in der

Braunſchweig-Wolfenbüttelſchen Landes-Verordnung vom 2. Dec. 1744

zur Beſtätigung einer Hypothek, daß ſie in das Hypothekenbuch eingetragen werde, erfordert wird, dennoch über die Art und Weiſe der darüber zu ertheilenden Ausfertigung keine Vorſchrift gegeben worden,

Mithin 3) die von dem Gerichtsſchulzen unterm 1. Jul. 1773 ertheilte Confirmation der auf das Haus des Schuldners gelegten Hypothek für rechtsbeſtändig deshalb zu halten ſeyn mögte, weil eines Theils ſolche von demſelben Nahmens des Bürgermeiſters und Raths ertheilt worden, und wenn auch demſelben dabey ein Misbrauch in einſeitiger Anmaaſſung der Gerichtbarkeit zur Laſt fallen ſollte, dennoch den Partheyen welche um die Art der gerichtlichen Ausfertigung keine Sorge zu nehmen haben, ſolches unſchädlich bleiben müſſe, andern Theils die Confirmation unter Einwilligung derer welche dabey intereſſirt geweſen, nemlich des Schuldners ſowohl, als des neuen Gläubigers vollzogen worden, auſſer beyden aber einer Adcitation eines ältern hypothecariſchen Gläubigers als welche bey einer gerichtlichen Confirmation der Hypothek niemals erfordert wird, es um ſo weniger bedurft, als die beſtätigte jüngere Hypothek ipſo iure der auf dem qu. Hauſe gelegenen ältern Hypothek unſchädlich geblieben; 4 5

D. a. u. d. die gerichtliche Beſtätigung einer Hypothek, welche auf unbewegliche Güter beſtellet wird, ein actus iurisdictionis voluntariae mixtae iſt, indem ſelbige cauſae cognitionem erfordert, und unter Erörterung ſowohl der Befugniß ſie zu ertheilen, als auch der Güter und in wie fern dieſe überall und insbeſondere mit mehreren Hypotheken belegt werden können, ertheilt werden ſoll, 6

Schweder de auctoritate publ. ad conſtitut. hyp. publ. neceſſaria §. 21.
Boehmer de praerog. hypoth. publ. cap. 2. §. 7. in exerc. ad pand. tom. III. p. 967.

unter ſolcher Eigenſchaft auch die Confirmation nach der Braunſchw. Wolfenb. Verordnung vom 2ten Dec. 1744 zu betrachten, weil zu deren Behuf Hypotheken-Bücher von jeder Obrigkeit gehalten, und darin die Hypotheken eingetragen werden ſollen,

7 Solchem zu folge aber 2) eine zu ertheilende gerichtliche Confirmation einer Hypothek vor Gericht in Erörterung und Erkenntniß gezogen werden muß, ex eo enim quod in conſtitutione hypothecae publicae, cauſae cognitione opus eſt ſua ſponte ſequitur, peragendum eſſe totum negotium in ipſo iudicio et praeuio iudicis decreto, ideoque in ſtatis diebus iudicialibus et in pleno ſenatu

Pufendorf obſ. iur. tom. III. obſ. 206. §. 3.

adeoque hypothecam coram officiali vel iudice extra locum iudicii conſtitutam non eſſe publicam ideoque aliis hypothecis non anteferri

Schweder l. c. §. 23.
Meuius P. VII. dec. 179.

8 Inſonderheit aber 3) bey dem Rechtsbeſtande einer gerichtlichen Handlung die rechtliche Befugniß des Gerichts überhaupt in Erwägung zu nehmen

L. 1. et ſq C. ſi a non compet. iud.

und ſolches bey Handlungen einer einzelnen Gerichtsperſon eines beſetzten Gerichts noch um ſo nothwendiger iſt, weil dieſe ſolche Gerichts-Handlungen die vor das geſammte Collegium gehören aus eigener Befugniß nie, und überall anders nicht als auf erhaltenen Auftrag vom Collegium befugter Weiſe unternehmen kann, folglich ſo ferne ſie von einem Mitgliede ohne erlangten Auftrag und eigenmächtiger Weiſe unternommen werden, als ſine iure, mithin nichtiger Weiſe unternommene Handlungen anzuſehen ſind, inmaßen jeder Richter in demjenigen Geſchäfte, worin er unbefugter Weiſe handelt, den Rechten nach pro priuato zu halten iſt, ſi enim iudex incompetenter ſibi arrogat iurisdictionem priuatus eſt

L. 3. D. de offic. praeſid.
L. vlt. D de iurisdict.

9 ſolchemnach da die Confirmation der Hypotheken über unbewegliche Bürger-Güter an die Magiſtrats Collegia der Städte gewieſen ſind, die von einem einzelnen Mitgliede des Magiſtrats eigenmächtig unternommene Confirmation für widerrechtlich und nach dem Ausdruck der Geſetze pro inutili geachtet wird,

Boehmer in iur. eccl. lib. 2. tit. vlt. §. 7.

und daher eine theils unbefugter Weiſe, theils auf eine den Rechten nicht gemäße Art beſtätigte Hypothek pro hypotheca publice conſtituta nicht gehalten werden kann,

10 Und dann 4) dieſe Rechts-Gründe in dem vorgelegten Falle ihre Anwendung erhalten, weil in der Geſchichts-Erzählung angeführt worden, daß die Confirmationen der

über

über bürgerliche Güter eingegangenen Verträge und beſtellten Hypotheken nach der daſigen Gerichts-Verfaſſung vor das Magiſtrats-Collegium gehören, gleichwohl die Beſtätigung der R– ſchen Schuld- und Pfand-Verſchreibung bloß von dem Gerichts-Schulzen ohne allem von dem Magiſtrat erhaltenen Auftrag und ohne daß von ihm im Senat deshalb ein Vortrag geſchehen, mithin bloß einſeitiger und eigenmächtiger Weiſe in ſeiner Privat-Wohnung ertheilt iſt,

Wie denn 5) ſelbſt dadurch, daß ſie nomine totius ſenatus und unter der Unterſchrift von Gerichts-Schulzen Bürgermeiſter und Rath ausgefertigt und mit dem Stadt-Siegel unterſiegelt iſt, offenbar zu erkennen gegeben worden, daß die Confirmation ihm unter der Eigenſchaft eines Gerichts-Schulzen nicht, ſondern daß ſolche dem geſammten Raths-Collegio, davon er das erſte Mitglied iſt, zukomme,

Folglich 6) ſolche von demſelben unbefugter Weiſe vorgenommene Confirmation 11
ſo fern jetzt nur von deren Gültigkeit die Frage iſt, bloß unter der Eigenſchaft eines mit Einwilligung des Schuldners und Gläubigers von dem Gerichts-Schulzen in ſeiner Wohnung unternommenen Privat-Geſchäfts betrachtet, hingegen für eine öffentlich und gerichtlich beſtätigte Hypothek mit Beſtand nicht gehalten werden mag.

Da 7) weder eine nicht auf gehörige Weiſe geſchehene Unterſchrift und Unter- 12
ſieglung einem Document eine rechtliche Kraft geben, noch auch die Einwilligung der beyden um die Confirmation anſuchenden Theile in Betracht kommen kann cum priuatorum conſenſus non poſſit tribuere iurisdictionem

L. 3. C. de iurisdict. omn. iud.

Noch auch dem Bürgermeiſter F. entgegen ſtehen kann, daß er ſolche Confirmation nicht ſo fort impugnirt, da eine nichtige Handlung auch ohne Anfechtung nichtig iſt,

Als halten wir zu Folge der angeführten Gründe und unter Annahme der in facto bemerkten daſigen Gerichts-Verfaſſung den Rechten nach dafür:

Daß die über die von dem Schuldner H. dem Kaufmann R. unterm 1ten 13
Jul. 1773 ausgeſtellte Schuld- und Pfand-Verſchreibung von dem daſigen Gerichts-Schulzen einſeitig und ohne alle Zuziehung und Einwilligung der übrigen Glieder des Magiſtrats, in ſeiner Privat-Wohnung ertheilte Confirmation ad effectum conſtituendae hypothecae publicae für zu Recht nicht beſtändig ſey, und dadurch dem Gläubiger R. eine gerichtliche und öffentliche Hypothek nicht conſtituirt werden können.

Dritte Frage.

Ob wenn die Confirmation gültig die 160 Rthlr. des Gläubigers R. nicht 14
auch deshalb kein Vorzugs-Recht vor den qu. 200 Thlr. des Bürgerm. F. hätten, weil ſelbiger dieſe Summe dem Schuldner einige Jahre vorher zum Bau des Hauſes gegen einen Wechſel und nach vorhergehender Pfand-Verſchreibung vom 8ten Jan. 1767 vorgeliehen habe?

15 Ob nun zwar aus den in dieſer Frage bemerkten Umſtänden ein beſonderer Grund des Vorzugs-Rechts der qu. 200 Rthlr. auch davon hergeleitet werden will, weil dieſe 200 Rthlr. in gleicher Abſicht wie die 300 Rthlr. zur Ausbauung des Wohnhauſes des gemeinen Schuldners verwandt worden, überdem die über 300 Rthlr. ausgeſtellte Pfand-Verſchreibung vom 8ten Jan. 1767 zur Verſicherung der in dem Wechſel von 500 Rthlr. begriffenen ganzen Summe nach der Abſicht der Partheyen dienen ſollen, daneben ſolcher Wechſel unter der allgemeinen Verpfändung des bereiteſten Vermögens des Schuldners ausgeſtellt worden, und ohnedem aus der Braunſchw. Verordnung vom 25ten Oct. 1723. durch eine geſetzliche Hypothek verſichert iſt,

D. a. u. d. alle angeführte Umſtände zur Begründung eines daraus hergeleiteten Vorzugs-Rechts deshalb nicht zureichen, weil ein Anlehn nur alsdann, wenn es nahmentlich zu der Ausbauung eines Hauſes vorgeſtreckt worden, ein Vorzugs-Recht vor andern Forderungen genießt,

L. 1. D. in quib. cauſ. pign. vel. hyp. tac. contrahit. Nov. 97. c. 3.

16 Und weder die bloſſe Verwendung eines indefinite dargeliehenen Capitals hiebey in eine Betrachtung kommt,

Lauterbach in coll. th. pract. lib. 20. tit. 2. §. 69. 70. 71.

noch auch eine vermuthete Abſicht der Partheyen hiezu hinlänglich iſt, ſondern der Beweis deſſen, daß das Anlehn zu dem beſtimmten Zweck dargeliehen ſey, erfordert wird,

Mevius P. V. dec. 84.

17 Folglich da in dem über die 500 Rthlr. ausgeſtellten Wechſel davon daß die darin begriffene Summe von 200 Rthlr. zu dem Bau des Wohnhauſes des Schuldners dargeliehen worden, nichts enthalten iſt, auf alle angeführte Umſtände bey dem in Frage ſtehenden Vorrechte keine rechtliche Abſicht genommen werden kann, und auch im Fall der Gültigkeit der Confirmation auf die ſtillſchweigende Hypothek ſo mit dem Wechſel verknüpft iſt, es nicht ankommt, gleichwohl das Vorrecht dieſer Schuld aus den bey den vorigen Fragen erörterten Umſtänden begründet werden kann;

18 Als erhellt hieraus, daß die in vorſtehender Frage enthaltenen Umſtände für ſich ein Vorrecht in Anſehung der qu. 200 Rthlr. zu begründen nicht vermögen.

Vierte Frage:

19 Ob im Fall, daß der Kaufmann R. dem Bürgermeiſter F. zu weichen und den Vorzug zu laſſen ſchuldig, der Gerichts-Schulz nicht verbunden ſey, mehr gedachten Kaufmann R wegen der nicht gehörig ertheilten Confirmation ſchadlos zu halten, und dieſer an ihn ſeinen Regreß nehmen könne und müſſe:

Fünfte Frage.

Ob bemeldeter Gerichts-Schulz dem Bürgermeiſter F. den Schaden, welcher ihm durch mehrgedachte rechtswidrige Confirmation zugefügt werden kann und wirklich bereits zugefügt worden, nicht ebenmäßig zu vergüten, mithin auch die dadurch verurſachten Koſten zu erſetzen gehalten ſey?

Ob nun zwar wegen der widerrechtlich ertheilten Confirmation der R—ſchen Schuld- und Pfand-Verſchreibung das Entſchädigungs-Geſuch gegen den Gerichts-Schulzen in beyden in Frage ſtehenden Fällen deshalb ſtatt finden möchte, weil die actio in factum ex lege Aquilia aduerſus iudicem male procedentem ad id quod intereſt petendum den Rechten nach ſtatt hat. 20

L. 29. §. 8. D. ad L. Aquiliam.
L. vlt. D. de extraord. cognitionib.
L. 29. in f. C. de pactis.
Mevius P. VIII. dec. 480. n. 6.
Struben rechtliche Bedenken Th. 5. Bed. 5.

D. a. u. d. ſo viel die vierte Frage betrift nicht auſſer rechtlichen Betracht zu nehmen iſt, daß der Kaufmann R. wie in facto bemerkt iſt, nebſt dem gemeinen Schuldner den zeitigen Gerichts-Schulzen zu bewegen gewußt, daß er ihnen die Confirmation der Schuld- und Pfand-Verſchreibung ertheilt, mithin derſelbe durch eigene Schuld den zu erleidenden Schaden ſich zugezogen und deshalb Entſchädigung zu ſuchen nicht vermag, 21

L. 203. D. de reg. iur.

Hiernächſt die fünfte Frage anbelangend in Erwägung zu ziehen, daß eins Theils zwiſchen dem Bürgermeiſter F. und dem Gerichts-Schulzen B. überall kein negotium obligatorium, woraus jener dieſen belangen könnte, vorgefallen, 22

Andern Theils weder die ältere Hypothek, welche der Bürgermeiſter F. an dem Hauſe des Schuldners wegen 300 Rthlr. gehabt, als welche einer anderweitigen Verpfändung ungeachtet, ungekränkt geblieben, noch auch die Wechſel-Forderung von 200 Rthlr. welche auf deſſen Hauſe nicht gehaftet hat, den Schuldner behindern mögen, ſein Haus an den Kaufmann R. zu verpfänden, und dazu die gerichtliche Confirmation bey dem Magiſtrat auf rechtliche Weiſe zu ſuchen, auch wenn ſolches geſchehen, deſſelben Wiederſpruch im Wege Rechtes die zu ertheilende Confirmation zu behindern nicht vermocht haben würde, folglich auch derſelbe aus der auf wiederrechtliche Weiſe erfolgten Confirmation keinen rechtlichen Grund zu irgend einem Entſchädigungs-Geſuch herzuleiten vermag, und der daraus zu leidende Nachtheil bloß als ein zufälliger Schade anzuſehen iſt, weshalb eine Entſchädigung nie gefordert werden mag;

Als halten wir den vorkommenden Umſtänden nach dafür:

Daß in den in beyden Fragen enthaltenen Fällen, ein Entſchädigungs-Geſuch nicht ſtatt finde. 1780.

Num. 123.

Num. 123.

RESPONSVM.

THEMA GENERALE.

De priuilegii per non vſum amiſſione.

Argvmenta specialia.

Quaeſtio. n. 1.

Rationes dubitandi.

Priuilegia prout caetera iura non vſu 30 annorum demum amitti. n. 2.

Exercitium priuilegii, a libero priuilegiati arbitrio pendet. n. 3.

Priuilegium rite acquiſitum a ſucceſſore in principatu reuocari nequit. n. 4.

Priuilegio priuatiue conceſſo idem alteri concedi nequit. n. 5.

Rationes decidendi.

Priuilegium communis vtilitatis cauſſa conceſſum non vſu decem annorum amittitur. n. 6. 7.

Imprimis ſi ratio et modus exercendi in conceſſione definitus, ſeruatus non eſt. n. 8. 9.

Ob abuſum enim etiam amitti poteſt. n. 10. 11.

Ob ſalutem publicam reuocare poteſt princeps priuilegium. n. 12.

Audiendus eſt is qui priuandus eſt iure. n. 13.

Quaeſtionis deciſio. n. 14.

Rechtsgutachten.

Als uns zur rechtlichen Beantwortung die Frage vorgelegt worden:

1 Ob die Erben eines mit dem Privilegio der Hof- und Schloß-Apotheke verſehenen Apothekers jeƶt da ſie ſeit mehr als 20 Jahren dies Privilegium nicht mehr exercirt auch nach Abgang des ganzen Waarenvorraths, der Apotheker-Geräthſchaft und des übrigen Zubehörs bey ihrer Zerſtreuung und bey ihrem Unvermögen ſelbiges nicht exerciren wollen und können, noch deshalb bisher einen Anſpruch gemacht haben, nicht allein per non vſum, ſondern auch per contrauentionem priuilegii deſſelben für verluſtig zu achten, und ob daher nicht der Landesherr zum gemeinen Beſten und zur Bequemlichkeit der ſeither ſehr vergrößerten Stadt ein anderweitiges Privilegium zu einer Hof- und Schloß-Apotheke an jemand anders zu verleihen wohl befugt ſey, und was zur ſicherſten Erreichung dieſes gemeinnützigen Zwecks erforderlich ſeyn möchte?

Demnach erachten wir für Recht:

2 Ob nun wohl 1) verſchiedene Rechtslehrer der Meinung ſind, daß ein Privilegium bloß durch den Nichtgebrauch von 10 Jahren nicht verlohren gehe, ſondern da-

zu

zu eine Zeit von 30 Jahren um ſo mehr erforderlich ſey, als andere Rechte anders nicht als durch eine Verabſäumung von 30 Jahren verlohren werden, priuilegia enim lapſu XXX. annorum demum iure communi intereunt

Leyſer ſpec. 457. med. 6.
Reinharth de amiſſ. iurium et priuil. per non vſum §. 22.

et in Saxonia non vſus XXXI. annorum requiri ſolet

Carpzov in iuriſpr. for. P. II. Conſt. 3. def. 23.

Hiernächſt 2) darin, daß die Erben des mit dem Privilegium verſehenen Hof-Apothekers die Apotheke in ſo vielen Jahren nicht beſetzt haben, eine contrauentio priuilegii deshalb nicht geſetzt werden mögte, weil die Ausübung eines Rechts und Privilegiums ſonſt in dem freyen Ermeſſen des Privilegiirten beruht, 3

Sodann 3) der Mangel einer bey dem ſucceſſore in principatu geſuchten landesherrlichen Confirmation an und für ſich dem erlangten Privilegium unſchädlich iſt, weil ein rechtmäßig verliehenes Privilegium von einem principe ſucceſſore mit Beſtand nicht aufgerufen werden kann 4

Sam. de Cocceii in iure controv. lib. 1. tit. 4. qu. 10.
Wernher ſel. obſ. for. P. X. obſ. 377.

und ſolches daher auch ohne landesherrliche Renovation und Confirmation ſeinen Rechtsbeſtand behält,

Endlich 4) der Inhalt des durch die Urkunde verliehenen Privilegiums ergibt, daß ſolches priuatiue verliehen, und zugleich landesherrlich verſichert worden, daß ſolches durch irgend eine an jemand zu ertheilende Verleihung nicht geſchmälert werden ſolle, ſolchemnach, daß der regierende Landesfürſt zu Anlegung einer neuen Hof- und Schloß-Apotheke ein anderweitiges Privilegium zu ertheilen nicht berechtigt ſey, es das Anſehen haben möchte; 5

D. a. u. d. 1) als richtig angenommen wird, daß die Erben des Hofapothekers Chriſtoph H. die Hof- und Schloß-Apotheke gänzlich eingehen laſſen, und ſeit mehr als 20 Jahren des deshalb verliehenen Privilegiums ſich nicht bedient haben, 6

Und dann 2) zu Folge der gemeinen Rechte ein Privilegium, wenn abſonderlich deſſen Inhaber ſolches zum Wohl des gemeinem Weſens in Ausübung zu bringen ſchuldig iſt, durch einen Nichtgebrauch von 10 Jahren verlohren wird, allermaßen ſolcher Verluſt bey dem priuilegio nundinarum als welches wie ein zur Aufnahme und Beförderung der Handlung und des Commerciums verliehenes Privilegium anzuſehen ausdrücklich geordnet iſt, cum is qui meruit priuilegium nundinarum, non vtendo per decem annos illud amittat

L. 11. D. de nundinis.

und daher ein gleiches bey ähnlichen Privilegien, welche auf gleiche Weiſe wie das in Frage ſtehende Privilegium einer anzulegenden Apotheke, zum Nutzen des gemeinem We-

Weſens verliehen worden, um ſo mehr ſtatt findet, als an deſſen fortgeſetzter Ausübung dem gemeinem Wohl gelegen iſt, priuilegium enim iure communi amittitur per non vſum decem annorum

Gail lib. II. obſ. 60.
Enenckel de priuilegiis lib. 3. c. 15. n. 27.
Strunius ſynt. iur. civ. exercit. 2. §. 31. ibique *Müllerus*
Stryk de non vſu iuris quaeſiti C. 3. n. 11.

7 Und wenn gleich 3) einige Rechtslehrer bey dem Nichtgebrauche eines Privilegiums eine Zeit von 30 Jahren zum Verluſt deſſelben erfordern wollen, dennoch dieſes höchſtens bey ſolchen Privilegien aus welchen bloß ein Recht erwächſt nicht aber bey ſolchen welche mit einer obligatione ad illud exercendum verknüpft ſind, ſtatt findet, dergleichen das in Frage ſtehende Privilegium iſt,

8 Hiernächſt 4) aus den Verleihungs-Urkunden ſich ergibt, daß das Privilegium einer anzulegenden Hof-Apotheke unter einer Inſtruction, wie ſolches zum Nutzen des gemeinem Weſens gehalten werden ſolle ausdrücklich verliehen, und dabey daß aus der Apotheke die ungeſäumte Fertigung der Arzneymittel für die Patienten zu aller Zeit bey Tag und Nacht gereicht, und daß daher die Apotheke niemahls leer ſtehen, nicht weniger ſolche beſtändig mit tüchtigen und friſchen ſpeciebus verſehen ſeyn ſolle beſtimmt und auf deſſen ſichere Beobachtung der Apotheker in Eid und Pflicht genommen, und deſſen Beobachtung in dem wiederholten Privilegium in den Worten

> Daß er, ſeine Erben und Erbnehmer und rechtmäßige Beſitzer ſich der in dem ihm auf ſeine Apotheke vor einigen Jahren gnädigſt ertheilten Privilegio vorgeſchriebenen Ordnung in allen und jeden Puncten und Clauſeln gemäß bezeigen ſollen

zur Vorſchrift gegeben worden,

9 Gleichwohl 5) des Chriſtoph H. Erben die qu. Apotheke ſeit mehr denn 20 Jahren dergeſtalt eingehen laſſen, daß der ganze Vorrath der zur Apotheke gewidmeten Materialien und Geräthſchaften verlohren gegangen, mithin ſie hierin derjenigen Verbindlichkeit, unter welcher dieſes Privilegium auf ſie vererbt worden, geradezu entgegen gehandelt, und dann eine ſolche Vernachläſſigung der mit dem Privilegium verknüpften und ex communi bono vorgeſchriebenen Verbindlichkeiten eine violationem et abuſum priuilegii in ſich faßt, abuſus priuilegii enim committitur, ſi contra contrahentium placita agitur in detrimentum reipublicae

Stryk de abuſu iuris quaeſiti cap. I. n. 19.

isque abuſus tam committendo quam omo mittendo committitur

Stryk l. c. cap. IV. n. 56.
Idem de non vſu iuris quaeſiti cap. II. n. 50.

Und

Und dann 6) auf der Verordnung der Rechte beruhet, daß ein Privilegium durch eine dem gemeinen Weſen nachtheilige Benutzung oder Hintanſetzung verwirkt werde, priuilegium enim meretur amittere qui permiſſa ſibi abutitur poteſtate

C. 12. et 24. X. de priuileg. et exceſſib. priuileg.

Wohlfolglich 7) die gänzlich unterlaſſene Haltung einer Apotheke, zu deren vor- 11
ſchriftmäßiger Unterhaltung der Berechtigte aus der angenommenen Verleihung perfecte verbunden geweſen, eben ſo wie die unterlaſſene Juſtiz-Pflege bey einer ex priuilegio verliehenen Gerichtbarkeit eine iuſtam cauſam priuationis priuilegii um ſo gewiſſer enthält, als ſolche Unterlaſſung ſowohl mit dem gemeinen Wohle, zu deſſen Beförderung dieſes Privilegium ertheilt worden, als auch mit der expreſſa lege conceſſionis ſtreitet, mithin hiebey von ſolchen Rechten und Freyheiten welche merum beneficium impetrantis betreffen, und ohne Nachtheil des gemeinen Weſens ohne Ausübung bleiben können, keine Anwendung gemacht werden kann, omne videlicet priuilegium non vtendo amittitur, ſi intereſſe tertii vel praeiudicium concernit, nec in mero beneficio impetrantis conſiſtit

Stryk de non vſu iuris quaeſiti cap. II. n. 20.

imprimis ſi neglectu iuris graue detrimentum reipublicae vel ſubditis eius, cui conceſſum eſt infertur, vti exemplo iuris monetandi et iurisdictionis declarat.

Stryk l. c. n. 47. et 50.

Und dann 8) bey ſo erheblichen Gründen ein Landes-Herr aus der gemeinnützigen 12
Abſicht eine Stadt mit zulänglichen Apotheken zu verſorgen, mithin ex ſalute publica, ein anderweitiges Privilegium zu Anlegung einer Apotheke zu ertheilen, und dergleichen zum Nachtheil des gemeinen Weſens verabſäumtes Privilegium wieder aufzuheben oder vielmehr für erloſchen zu erklären berechtigt iſt cum etiam ex ſalute publica poſſit reuocari priuilegium

Ziegler de iurib. maieſt. lib. 1. c. 12. §. 13.

Im übrigen ſo viel 9) den modum betrifft, unter welchem die Privation des 13
Privilegiums mit vollkommener Sicherheit vorzunehmen, dabey ſowohl die Natur des priuatiue verliehenen Privilegiums als auch die vorhin angeführten und deſſen Verluſt wirkenden Gründe, über welche die abweſenden Erben des Chriſtoph H. noch nicht gehört worden, im Wege Rechtes um ſo mehr in Betracht kommen, weil niemand ungehört ſeines Rechtes zu entſetzen iſt, und in ſolcher Abſicht die abweſenden Erben, dafern ſie und deren Aufenthalt unbekannt iſt, ad videndum ſe priuari priuilegio von dem procuratore fiſci billig zuvörderſt ad congruum terminum vorzuladen, und demnächſt, ſie erſcheinen alsdann oder ſie erſcheinen nicht, den Rechten nach weiter zu verfahren iſt;

Als ſind wir der rechtlichen Meinung:

Daß die von den Erben des Hof-Apothekers ſeit mehr als 20 Jahren ver- 14
abſäumte Unterhaltung der Hof- und Schloß-Apotheke und der ſowohl hierin

liegende Nicht-Gebrauch als auch die darin enthaltene Contravention gegen die Bedingung des Privilegiums einen hinlänglichen Rechts-Grund, weshalb ſie deſſelben für verluſtig zu achten in ſich halte und deswegen der regierende Landes-Herr ein anderweitiges Privilegium zu Anlegung einer Hof- und Schloß-Apotheke zu verleihen berechtigt ſey, auch Behuf deſſen der ſicherſte Weg ſey, die abweſenden Erben ad videndum ſe priuari priuilegio gebührend vorladen zu laſſen. 1767.

Num. 124.

RESPONSVM.

THEMA GENERALE.

De eo quod ſub infeudatione cum ſedibus liberis comprehenſum eſt.

Argvmenta specialia.

Quaeſtio. n. 1.
Iudicia in medio aeuo ſub nomine liberarum ſedium veniunt. n. 2.
Stulherren qui, eorumque iura. n. 3.
Sedium liberarum et comiciarum liberarum diſcrimen. n. 4.
Duplex feudorum comiciarum liberarum genus occurrit. n. 5.
Tum ius liberas ſedes in diſtrictu aliquo inſtituendi continet. n. 6.
Tum ius in certo diſtrictu iurisdictionem exercendi. n. 7.
Obiectum huius infeudationis eſt itaque iurisdictio. n. 8. 9.
Nec neceſſario alia iura et commoda cum tali feudo coniuncta ſunt. n. 10.
Nec contrarium ex nominatione *Grafſchaft* colligi poteſt. n. 11.
Quaeſtionis deciſio. n. 12.

Rechtsgutachten.

§. 1.

Die mir vorgelegten Fragen: 1

> Worin bey einer Belehnung, in welcher Frey-Grafſchaften und freye Stühle zu Lehn gegeben worden, der Inbegriff des Lehns zu ſetzen ſey? und
>
> Ob dergleichen Lehen, ihrer Natur nach, Zubehörungen und Gerechtigkeiten haben?

laſſen ſich nicht gründlicher als aus der Art und Eigenſchaft der Frey-Stühle und Frey-Grafſchaften beurtheilen, welche nach der Sitte der mittlern Zeiten beſonders in Weſtphalen zu Lehn gereichet worden, und es dienen die Urkunden, welche dieſe Art von Belehnungen enthalten, hiebey vornehmlich zum Beweiſe.

§. 2.

In mittlern Zeiten ſind die Gerichte, welche zur Ausübung der vom Kaiſer ab- 2
hängenden Gerichtbarkeit, in beſtimmten weltlichen und geiſtlichen Verbrechen zu er-

 kennen

kennen und zu ſtrafen berechtigt geweſen, Freyſtühle genannt worden. Nach demſelben Sprachgebrauche, nach welchem die Gerichte, Gerichts-Stühle und Ding-Stühle genannt worden, heiſſen ſie freye Stühle oder liberae ſedes. Es iſt auch nicht ſchwer zu erklären, weshalb ſie dieſen Namen der freyen Stühle geführet, weil darin eine vom Kaiſer und Reich verliehene Gerichtbarkeit ausgeübt worden, und ſie nur den Kaiſer für ihren oberſten Herrn und Richter anerkannt haben.

Io. Phil. Datt de Pace publica lib. 4. c. 2.
Pfeffinger in Vitrario illuſtr. lib. 4. tit. 4.

§. 3.

3 Diejenigen Reichs-Stände welche vom Kaiſer mit einem ſolchen freyen Stuhl belehnet worden, werden Stuhl-Herrn genannt. Sie waren berechtigt Gerichts-Stühle innerhalb ihren Reichslanden zu errichten, und ſie mit Richtern zu beſetzen, welche nach dem Ausdruck der damahligen Zeiten Frey-Grafen hieſſen, ſo wie die Richter überhaupt den Nahmen der Grafen führten, und die Gau-Grafen in dieſer Bedeutung bekannt ſind. Den Grafen wurden Beyſitzer des Gerichts als Gerichts-Schöffen beygeordnet, welche Frey-Schöffen hieſſen. So unterſcheidet dieſe

Freherus de ſecretis iudiciis olim in Weſtphalia aliiſque Germaniae partibus vſitatis p. 4.

Sciendum, in triplici gradu poſitos fuiſſe eos, qui horum iudiciorum poteſtatem haberent. Primo enim fuerunt ipſi ſedium vel tribunalium talium domini, principes nimirum vel eccleſiaſtici vel ſeculares, *Stulherren* dicti. Deinde iudices et graphiones, quorum ſinguli ſingulis ſedibus praefecti; qui Frygrauii dicti. Demum ſcabini, horum aſſeſſores quos ipſi ſibi legebant ſubadiuuas et adminiſtros, qui et ipſi Freye Schoeffen Vemeſchoeffen dicti. Die Eigenſchaft der Frey-Stühle und die damit verknüpften Gerechtſame in Beſtellung der Frey-Grafen wird in einer Urkunde Kaiſers Carls des Vierten vom Jahr 1361 in

Ant. Matthaei tr. de iure gladii c. 30. p. 468.

deutlich vorgeſtellt; der Kaiſer ertheilt darin dem Biſchof von Utrecht, Johann, in dem Theil ſeines Bißthums, ſo Weſtphalen am nächſten gelegen, folgende Gerechtſame:

poteſtatem, *ſedem liberam* vulgariter *Fryſtuhl* nuncupatam liberorum ſcabinorum, et comites liberos, *Vrygreven* dictos creandi, habendi, conſtituendi, et huiusmodi *iudicium liberum* ibidem per eosdem, iuxta morem et conſuetudinem liberarum ſedium, libere exercendi ad fouendam pacem et maleficos ac nociuos homines de illis finibus exſtirpandum.

§. 4.

4 Von Freyſtühlen werden die Freygraſſchaften unterſchieden und durch dieſe wird die Gerichtbarkeit ſelbſt bezeichnet, zu deren Ausübung die Freyſtühle errichtet worden.
Gleich

Gleich bedeutend iſt die Benennung Frygrauiatus, oder Comiciae liberae, auch liberi comitatus. Schon von alten Zeiten iſt das Wort Grafſchaft, oder comicia, in der Bedeutung hergebracht daß es die Gerichtbarkeit bezeichnet. Otto Biſchof zu Paderborn kauft im Jahr 1292 von denen von Eberſtein comiciam ſiue iurisdictionem ſuper Tringen aliasque villas nach einer Urkunde in

Schatenii annal. Paderborn. tom. II. p. 173.

Friederich, Graf von Beichlingen überläßt dem Abt zu Corvey im Jahr 1255 die comiciam ſuper XXXV. manſos nach einer Urkunde in

Originibus Guelficis tom. IV. p. 640.

Aehnliche Ausdrücke von Gericht und Grafſchaft in und buten der Stadt Höxter kommen in einer Urkunde vor in

Lunigii ſpicil. eccleſ. cont. I. p. 922.

In gleichem Verſtande iſt die Gerichtbarkeit in den Freyſtühlen die Freygrafſchaft genannt worden, weil jeder Freyſtuhl mit einem Richter oder Grafen beſetzt ſeyn mußte. Die Freyſtühle waren daher die Sitze der Freygrafſchaft oder ſedes Frygrauiatus. Kaiſer Carl der vierte erkennet in einem Kaiſerlichen Reſcripte vom Jahr 1374 quod ſolus archiepiſcopus Colonienſis in ſuo dominio conſtituere debeat Frygrauiatus ſedes, et comites praedictos habere

Ge. Chriſt. Ioannes in ſpicilegio tabularum N. XXI. p. 65.

In eben dem Jahr 1374 führt Kaiſer Carl in einem Reſcripte an Gerhard Biſchof zu Hildesheim die von ihm ertheilte Verleihung an, quod in tua dioeceſi Hildeſienſi et dominio nonnullas Frygrauiatus ſedes poſſes conſtituere

apud *Ioannem* l. cit. N. XX. p. 62.

§. 5.

Von der Belehnung mit Freyſtühlen und mit der Freygrafſchaft kommen in den 5
mittlern Zeiten zweyerley Gattungen vor, eine Kaiſerliche, worin ein Reichsſtand mit dem Rechte Freyſtühle in ſeinem Lande zu errichten iſt belehnet worden, und dann eine mit der Freygrafſchaft ſelbſt, womit theils die Kaiſer theils die vom Kaiſer belehnten Reichsſtände einen Richter oder Freygrafen mit einem beſondern Freyſtuhl belehnet. In Weſtphalen haben inſonderheit die vier Biſchöfe, der Erzbiſchof zu Cölln, der Biſchof zu Minden, der Biſchof zu Paderborn und der Biſchof zu Münſter, die Freyſtühle vom Kaiſer zu Lehn getragen. Dieſes erhellet aus einer Urkunde Kaiſers Ludovici Bauari vom Jahr 1332. in

Marqu. *Freheri* tr. de ſecretis iudiciis in Weſtph. p. 14.

worin dieſer Kaiſer dem Biſchof Ludewig zu Minden zu Lehn gereicht

ein Fry-Hertzogthum in dem Stift to Minden und Frygerichte darinne to ſittende, und Königes-Bann nach Veme-Rechte alſo in dem Lande Weſtfalen Recht

Recht iſt, an weltlichem Rechte, van Unſer und Unſer Nachkommen wegen romiſchen Keyſer oder Könnige; und Fry=Stele in dem Hertzogdom to haven, einen to Verndeßen by der Linden, den andern to Berckercken, den dritten by Blaſne; und drey andere Fry=Stele to legende, wer ſe eme oder ſinen Nakommen bequemlich ſyn in dem Stift to Minden. Aber wenn Unſe Vorfaren romiſche Keyſer und Könnige den Biſchofen van Cölne, van Münſter und van Palborn, de Gnade han than, dat ſe Fry=Gerichte und Fry=Geſtele han in eren Stifte, nach Veme=Rechte, alſo in dem Lande to Weſtfalen Recht iſt; ſo geven wir unſern Ohme und ſinen Nachkommen vorbenant deſelbe Gnade in dem Stifte to Minden mit gleichen Rechte, alſo die drey Biſchofe Freygerichte und Stele von dem romiſchen Riche haven.

§. 6.

6 Unſtreitig iſt dieſe Gattung der Lehne mit Freyſtühlen ein wahres Reichslehn geweſen. Alles, was dadurch verliehen worden, beruhet in der Gerechtſame, Freyſtühle im Lande zu errichten, dieſe mit einem Richter oder Freygrafen zu beſetzen, und durch dieſe die Gerichtbarkeit oder Freygrafſchaft darin ausüben zu laſſen. In der angeführten Urkunde Ludouici Bauari werden drey Orte zu Errichtung der Fry=Stele oder Freyſtühle benannt, und dem Biſchof zu Minden verſtattet, noch an drey andern Orten nach eignem Ermeſſen dergleichen Freyſtühle niederzuſetzen. Die Ernennung des Freygrafen ſtand zwar dem Stuhlherrn zu, jedoch der benannte Freygraf mußte dem Kaiſer zur Belehnung mit der Freygrafſchaft oder Gerichtbarkeit vorgeſtellt werden. In eben gedachter Urkunde ernennet Kaiſer Ludouicus Bauarus Burchart Cruſen, der, als ein Dienſtmann des Stifts Minden, von dem Biſchof zu ſolchem Endzweck von der Verbindlichkeit der Dienſtmannſchaft von dem Biſchof zuvor befreyet war, zum Freygrafen

das Richte to ſitzende van des Biſchof wegen.

Wenn auch dieſer Burchhart verſtorben wäre, ſo heißt es in der Urkunde;

ſo mag der Biſchop to Minden, wer der iſt, einen andern Frygengraven ſetzen, alſo lange das Richte to ſitzende, went der Frygrave, der geſatzt wurd, an Uns oder Unſere Nakommen möge kommen, und ſin Lehn empfan.

Die Eigenſchaft dieſes Reichslehns erhellet ſehr deutlich aus der Urkunde, ſo Kaiſer Carl der vierte Friederichen Erzbiſchofen zu Cölln in Anſehung der Freyſtühle ertheilet hat in

Ioannis ſpicilegio tabular. N. XIX. p. 58.

Es wird darin dieſes von Kaiſer und Reich abhangende Lehn ein feudum nobile et inſigne genannt; und deſſen Eigenſchaft darin geſetzet, quod omnes et ſingulae iuriſdictionum ſedes, ſeu comiciae liberae, quae vulgariter Freygrafſchaft vel Stillegericht vocantur, inter fluuios Weſeram et Renum, in ducatibus Angariae et Weſtphaliae ſituatae pertinuerunt hactenus ad eccleſiam Colonienſem: Darauf verordnet der Kaiſer in

An=

Anſehung der zu beſtellenden Freygrafen: quod nullus homo ſeu quaecunque perſona quamcunque comiciam liberam praeter Archiepiſcopi Colonienſis voluntatem et expreſſum conſenſum intra praedictorum ducatuum limites et terminos habere, nec aliquis Frygrauius ſeu comes ad eam admitti debeat, ſeu eius praetextu iurisdictionem aliquam exercere; et quod quiuis talium comitum ad Archiepiſcopum, qui pro tempore erit, recurſum habeat, per ipſum examinandus, et ſic repertus idoneus, per eiusdem Archiepiſcopi literas, de hoc facientes plenam fidem, infeudandus et inueſtiendus conſpectui caeſareo praeſentetur.

§. 7.

Die andere Gattung dieſer Lehen iſt aus der Belehnung mit der Frey-Grafſchaft 7
entſtanden. Nur ſelten haben die Stuhl-Herren die Frey-Gerichte in eigener Perſon gehalten. Der gelehrte Datt gibt ſogar die Anmerkung:

> Praeſidebant autem Mallo ſeu tribunali non ipſi domini, die Stuhl-Herren, ſed liberi comites; quod cum fieret ſolenni formula dicebantur Statt und Stuhl des freyen Stuhls mit Urtheil und Recht beſpannter Bank beſitzen und bekleiden.
>
> *Io. Phil. Datt* de pace publica lib. 4. c. 3. n. 27.

Indeſſen hat auch dieſer Vorſitz in den freyen Gerichten auf dem Ermeſſen der Stuhl-Herrn beruhet,

> Joach. Müller im Reichstags-Theatro unter K. Friederich des 5ten Regierung Erſte Vorſtellung C. 9. §. 18.

Unter reichsunmittelbaren Frey-Herren kommt ein Beyſpiel vor bey den Frey-Herren von Elſpe, welche Frey-Stühle und Frey-Grafſchaften von Kaiſern zu Lehn getragen, und drey Frey-Stühle zu Elſpe, zu Babenoel und zu Hundemer gehalten.

> Joh. Died. von Steinen Weſtphäliſche Geſchichte 7tes Stück. S. 1910.

Jedoch dem Herkommen nach wurden meiſtentheils eigne Frey-Grafen zu Haltung eines Frey-Gerichts angeſetzet. Der Stuhlherr ſchlug dieſe dem Kaiſer vor, wie die (§. 6.) angeführten Urkunden ergeben. Auf dieſe Vorſtellung belehnte der Kaiſer die Frey-Grafen mit der Frey-Grafſchaft. Eine Beſtellungs-Urkunde vom Jahr 1410, worin K. Rupert Hennen Salentin zum Frey-Grafen angeſetzet, wird von

> *Freher* de ſecretis iudiciis p. 15.

angeführet, worin es heißt: quod ad ſupplicem petitionis inſtantiam altigeniti Principis Hermanni Landtgrauii Haſſiae, Swageri noſtri dilecti, Hennen Salentin, fidelem noſtrum dilectum, Frigrauium ſeu comitem liberum in ſede Fryheholenor vulgariter nuncupata, ſita in dominio Zuſchen conſtituimus, ipſumque de dicta Sede Frygrauiatus tenore praeſentium inueſtimus, dantes ſibi poteſtatem liberam ibidem de cetero iudicandi et omnia exercendi, quae ad Frygrauiatus huiusmodi officium pertinere noſcuntur de conſuetudine ſeu de iure. In den feyerlichen Artikeln eines unter der Regierung K. Ruperts im Jahr 1404 gehaltenen Frey-Gerichts, welche

> *Datt* l. c. lib. 4. cap. 8. p. 777.

zum Druck befördert hat, wird von den verſammelten Frey Grafen auf eine feyerliche Anfrage dieſe Antwort und Erklärung ertheilet:

> Daß ein jeglicher Frey-Graf ſoll von einem Römiſchen Kaiſer oder König belehnet ſeyn; anders habe er nit Gewalt zu richten an den freyen Stühlen; er hab dann ſollichen Gewalt von einem Römiſchen Kaiſer: und darum ſoll ein jeglicher Frey-Graf einem Römiſchen Kaiſer unterthan und gehorſam ſeyn, als er das ſchwören ſoll, ſo man Jhn Frey-Grafen macht: und der Römiſche Kaiſer ſey aller Freyen Stüel und Freygrafen Oberſter Herr und Richter.

Jmmittelſt haben einige mit den Frey-Stühlen belehnte Reichs-Stände von den Kaiſern und zwar durch beſondere Verleihung das Recht erlanget, die Frey-Grafen mit der Freygrafſchaft ſelbſt aus Kaiſerlicher Vollmacht zu belehnen. Dergleichen Verleihung hat K. Wenceslaus dem Churfürſten und Erzbiſchoff zu Cölln im Jahr 1382 in einer Urkunde von neuem beſtätiget, welche in

Joannis ſpicilegio tabular N. XXII. p. 67.

abgedruckt iſt, worin es heißt: deuotioni tuae regia auctoritate concedimus et de ſpeciali gratia indulgemus, quatenus dum quando et quotiens opus fuerit, locus aut facultas ad hoc ſe obtulerit, aliquem ſeu aliquos comites liberos, dictos Frygrauen, dictis ſedibus liberis et iudiciis praeficiendi et inſtituendi, ipſos poſtquam per te, prout ex aliis priuilegiis imperialibus tibi et eccleſiae tuae indultum eſt, examinati et ad hoc idonei reperti fuerint, auctoritate regia recipias et admittas, infeudes, et inueſtias omni iure, priuilegiis et ſolennitatibus quibus per noſtram regiam maieſtatem hoc fuerit faciendum, noſtroque et S. R. I. et regni Romanorum nomine iuramenta et fidelitates ab eisdem recipias debitas et conſuetas. Dieſes Recht hat ſchon K. Carl der Vierte den Erzbiſchöfen zu Cölln in einer Urkunde vom Jahr 1360 in

Glafey anecdotis N. 300 p. 423.

zugeſtanden,

> Daß niemand in dem Herzogthum zu Engern und Weſtphalen denn nur ein Erz-Biſchoff zu Cölln, der zu Zeiten do iſt, Frey-Grafen machen, creiren, und die belehnen ſoll,

und deshalb widerruft in dieſer Urkunde der Kaiſer eine dem Johann von Padberg über eine Frey Grafſchaft ertheilte Belehnung, welche dieſer vom Kaiſer zum Nachtheil des Cöllniſchen Vorrechts erſchlichen.

§. 8.

8 Aus dieſer nach dem Herkommen der mittlern Zeiten geſchilderten Eigenſchaft der Frey-Stühle und Frey-Grafſchaften und aus den darüber ertheilten Belehnungen läßt ſich ohne groſſe Schwierigkeit urtheilen, worin der Jnbegriff dieſer Belehnungen beſtanden. Jhr weſentlicher Gegenſtand iſt die Gerichtbarkeit geweſen, welche durch die Frey-Stühle ausgeübt worden. Durch die Belehnung mit Freyſtühlen iſt nun dem

dem belehnten Reichs-Stande ſowohl dieſe Gerichtbarkeit als auch das Recht verliehen worden, Freyſtühle in ſeinen Ländern zu errichten. Dieſes über alle im Lande errichtete Frey-Stühle zuſtehende Recht wird in der im §. 5. angeführten Urkunde, mit dem beſondern Ausdruck eines freyen Herzogthums beleget, weil nehmlich den Stuhlherrn alle Freygrafſchaften unterworfen waren. In der Urkunde K. Carls IV vom Jahr 1372 in

Ioannis ſpicil. tabul. N. XIX. p. 58.

werden omnes et ſingulae iurisdictionum ſedes ſeu Comiciae Liberae, quae vulgariter *Freygrafſchaft* vel *Stillgericht* vocantur, zu dem feudo nobili gerechnet, womit das Erzſtift Cölln in Engern und Weſtphalen belehnet war. In der Urkunde K. Wenceslaus vom Jahr 1382 in

Ioannis ſpicileg. N. XXII. p. 66.

werden die iudicia ſecreta, dicta vulgariter *Stuhlgerichte* liberalium ſedium des Erzſtifts als Reichslehne bezeichnet a Nobis et ſacro imperio Romano in nobile et inſigne feudum, regaliorum titulo dependentia.

Eine ähnliche Beſchaffenheit hat es mit dem Lehen einer Frey-Grafſchaft, jedoch mit dieſem Unterſchied, daß einem Frey-Grafen nur die Gerichtbarkeit in einem gewiſſen Frey-Stuhl angewieſen worden. Daher heiſſen die Frey-Stühle ſedes iurisdictionum, oder ſedes Frygrauiatus vel comitiae liberae: und die verliehene Frey-Grafſchaft bezeichnete ein mehreres nicht als die in den Freyſtühlen auszuübende Gerichtbarkeit. Inſonderheit wird dieſes durch die §. 7. angeführte Urkunde erläutert.

Struuius in hiſtoria iuris cap. 9. §. 17. 18.

§. 9.

Beyde Arten der Lehen mit Frey-Stühlen und mit einer Frey-Grafſchaft, ſind 9
daher als feuda iurisdictionis anzuſehen, unter welchen diejenigen Lehen verſtanden werden, nach welchen eine gewiſſe Gattung der Gerichtbarkeit verliehen worden. So vielfach die Arten der Gerichtbarkeit in Teutſchland ſind, ſo viele Arten von feudis iurisdictionum giebt es auch, und die Gerichtbarkeit iſt eben ſowohl als ein Zubehör der Güter, als auch als eine beſondere Gerechtſame mittelſt beſonderer Verleihung gereicht worden; wovon

Paul Kreſs de iurisdictione omnimoda per formulam Richt und Ungericht in feudum conceſſa und

Buder de feudo iurisdictionis §. 6. 12. et ſq. in opuſcul. p. 541.

viele Beyſpiele beybringen. In der Urkunde des K. Ludouici Bauari vom Jahr 1314. in

Hontheimii hiſt. diplomat. Treuirenſi tom. II. p. 94.

werden unter den verſchiedenen Arten der Gerichtbarkeit, womit die Erzbiſchöfe von Trier belehnet worden, namentlich angeführet iurisdictiones, quae vulgariter *Vrihengerichte* appellantur. Mit allem Beſtande ſchreibt

Buder l. c. §. 19. p. 548.

Weſtphaliam plenam eſſe feudorum iurisdictionis. Multi enim antiquae illius Saxoniae vicinarumque regionum epiſcoporum, principum comitumque inueſtiuntur mit Frey-ſtühlen: rurſusque equeſtris dignitatis aliisque honeſtae famae et vitae viris tales in beneficium conferunt. Dicti illi ab imperatore et imperio inueſtiti die Stuhlherrn, atque conſtitutos ab ipſis iudices, die Freygrafen, praeſentabant imperatori et regi Germaniae, ſummo iudici et domino directo, vt tales de *banno ſanguinis et feudo iurisdictionis* inueſtiret.

§. 10.

10 Da nun der einzige Gegenſtand dieſer Lehen in der verliehenen Gerichtbarkeit beſtanden; ſo läßt ſich ſchon daraus urtheilen, daß dazu keine beſondere Güter, wohl aber diejenigen Gerechtigkeiten gehöret, welche die Art und Eigenſchaft der verliehenen Gerichtbarkeit mit ſich gebracht, als welche als ein vorzügliches vom Kaiſer und Reich zu erlangendes Ehrenrecht geachtet, und weshalb ſolche Lehen feuda honorifica und feuda nobilia genannt worden (§. 8.). Dieſes erhärten auch die Belehnungsformeln, ſo viel deren in Druck herausgekommen. In der Belehnung K. Carls IV vom Jahr 1354 worin den Biſchöfen zu Minden liberae ſedes, quae vulgariter Vehmeding nuncupantur, zu Lehn gereicht werden

in Chronico epiſcoporum Mindenſ. apud Piſtorium tom. III. rerum Germ. p. 839.

wird das dadurch verliehene Recht ſo ausgedrückt: decernentes vt dictus epiſcopus ſucceſſoresque ſui ac ipſa eccleſia Mindenſis dictas ſedes cum vniuerſis et ſingulis iurisdictionibus et libertatibus, honoribus, praerogatiuis, iuribus, gratiis, vtilitatibus, commodis et libertatibus tenere, habere, ac ipſis gaudere debeant, quibus ceteri, conſimiles ſedes habentes, ſicut Ducatus Aſcaniae et Weſtphaliae gaudent iure vel conſuetudine ſeu quomodolibet potiuntur. Auch die Freygrafſchafts-Lehen haben an und vor ſich eben ſo wenig beſondere Zubehörungen an gewiſſen Gütern, als dieſe bey den Lehen mit Frey-Stühlen vorkommen. Alles Recht, womit K. Rupert den Frey-Grafen Hennen Salentin im Jahr 1410 belehnte, beruhet nach dem §. 7. angezogenen Belehnungs-Briefe in der poteſtate libera, ibidem (in ſede Frygrauiatus) iudicandi et omnia exercendi quae ad Frygrauiatus huiusmodi officium ſpectare noſcuntur de conſuetudine ſeu de iure. Nach der ganzen Art und Eigenſchaft dieſer Lehen, als einer Art der Gerichtbarkeits-Lehen, kann man auch keine beſonderen Zubehörungen von Gütern dabey erwarten. Bey Gerichtbarkeits-Lehen ſind überall die Vortheile von geringer Erheblichkeit, ungeachtet die darin verliehene Gerechtigkeit jederzeit in hohem Werthe und Anſehen geſtanden. Vtilitas, quae vaſallis, feudum iurisdictionis tenentibus, obueniebat, erant varii fructus iurisdictionis pro diuerſitate locorum et temporum percipiendi, potiſſimum mulctae, vel pars quaedam mulctarum communiter tertia: vel etiam ſportulae aliae iudiciales, quandoque his fructibus iurisdictionis additi quidam cenſus

Buder

Buder l. c. §. 31. p. 557.

§. 11.

Aus der ſonſt bekannten Bedeutung des Worts Grafſchaft, in welcher der Begriff einer Herrſchaft und des dazu gehörigen Diſtricts liegt, läßt ſich hiebey mit Grund der Zweifel nicht machen, als wenn zu einer Frey-Grafſchaft oder zu einer libera comicia ein angewieſener Diſtrict Landes gehöret haben müſſe. In dieſer Bedeutung kommen dieſe Ausdrücke nirgend bey den Freyſtühlen vor. Bey dieſen ſind die alten urſprünglichen Bedeutungen der Frey-Grafen und Frey-Grafſchaften in Bezeichnung der Richter und deren Gerichtbarkeit beybehalten worden. 11

Datt de pace publ. lib. 4. c. 3. n. 13. ſq.

Wenn auch gleich ein Frey-Graf von einem gewiſſen Ort benennet worden, ſo iſt ſolches bloß von dem zu Haltung eines Frey-Gerichts angewieſenen Ort geſchehen. Die Kaiſer pflegten bey der Verleihung des Rechts, Frey-Stühle aufzurichten, den Ort ſelbſt zu beſtimmen oder deſſen Wahl dem belehnten Reichs-Stande zu überlaſſen. Dieſe Oerter heiſſen daher bloß ſedes iurisdictionum. Der Ausdruck comiciae liberae, wofür auch bisweilen comitatus liber gebraucht worden, iſt mit dem Ausdruck der Frey-Grafſchaft gleichbedeutend: und feudum comiciae iſt auch ſonſt häufig mit feudum iurisdictionis promiſcue gebraucht, wie

Io. Heumann de vera vocis Comiciae ſignificatione

mit vielen Beweisthümern erhärtet. Nach allen dieſen angeführten Gründen, welche auf hiſtoriſchen Zeugniſſen und auf Urkunden der mittlern Zeiten und deren rechtlichen Auslegung beruhen,

Bin ich der rechtlichen Meinung:

Daß die Lehen, welche über Frey-Stühle und Frey-Grafſchaften verliehen worden, ihrer Art und Eigenſchaft nach wahre feuda iurisdictionis ſind, und deren Inbegriff theils in der Gerechtſame, Frey-Stühle zu errichten, theils in der darin auszuübenden Gerichtbarkeit ſelbſt beſtanden, ferner auch dieſe Lehen ihrer Natur nach keine Zubehörungen an Gütern gehabt, und dazu nur diejenigen Gerechtigkeiten gehöret, welche die Art und Eigenſchaft der zu Lehn gereichten Gerichtbarkeit mit ſich gebracht. 1780. 12

Num. 125.

DECISIO.

THEMA GENERALE.

Laudemium non debetur a deſcendentibus etſi vnus portionem ceterorum redemerit.

Argvmenta specialia.

Sententia. n. 1.

Rationes dubitandi.

Ratione eius quod quis heredum vltra portionem hereditariam acquirit pro nouo acquirente habendus. n. 2.

Eſt enim talis diuiſio ad inſtar emtionis venditionis. n. 3.

Rationes decidendi.

Liberi in inueſtitura patris comprehenſi ad ſucceſſionem vocati laudemium non ſoluunt. n. 4.

Quod etiam intuitu eorum bonorum locum habet, quae a ceteris redimunt. n. 5.

Etſi enim talis diuiſio, emtioni venditioni aequiparatur, tamen naturam diuiſionis non amittit. n. 6.

Liberi itaque laudemium non ſoluunt niſi ſpecialis obſeruantia adeſt. n. 7.

Concluſio. n. 8.

Urtheil.

1 Auf Klage Antwort und ferneres Verfahren in Sachen der Hofmanniſchen Erben Provocanten an einem, entgegen den Erb- und Gerichtsherrn zu St. C. W. v. B. und G. v. B. Provocaten am andern Theile, das von den erſtern geforderte Lehngeld betreffend; erkennen wir für Recht:

Daß Provocaten auf die erhobene Klage ſich einzulaſſen ſchuldig, und weil ſie ſolches bereits gethan, und der zum Grund der Klage angeführten Erbvertheilung der elterlichen Grundſtücke geſtändig, daneben aber auf die Obſervanz und Befugniß von dem was einem jeden der Provocanten auſſer dem ihm nach Erbgangsrecht angefallenen Erbantheile an den elterlichen Grundſtücken zugetheilt worden, das Lehngeld von 10 Thlr. zu erheben, ſich bezogen, ſo ſind Provocaten ſolche Befugniß binnen Sächſiſcher Friſt zu beweiſen ſchuldig, und bleibt Provocanten der Gegenbeweis, beyden Theilen die Eides-Delation und andere Rechts-Wohlthaten unbenommen, und wird ſodann ferner ergehen was Recht iſt.

Zwei-

Zweifels- und Entſcheidungs-Gründe.

Ob nun wohl 1) Provocaten die in der Klage angeführte Vertheilung der St—iſchen 2
Grundſtücke in Anſehung deſſen, daß Provocanten ſolche nicht zu gleichen Erbanthei-
len ſondern unter einer zu leiſtenden Abfindung der Miterben angenommen haben, für
eine Erbtheilung nicht, ſondern für eine Güter-Theilung halten wollen, und daher zur
Erhebung der Lehnwaare um ſo mehr befugt zu ſeyn vermeinen,

als 2) ein jeder der Provocanten, auſſer dem nach Erbgangsrechte ihm angefalle-
nen Antheile, bey der Vertheilung noch ein neues Eigenthum an den beyden
St—iſchen Grundſtücken erworben habe, und ſie daher auch das mehrere ſo ihnen
über das was ihnen nach Erbgangsrechte daran gebührt zu Theil geworden iſt, gleich
einem neuerworbenen Gute haben verlehnen müſſen,

Zumahl da 3) gedachte Grundſtücke auf ein gewiſſes Geld und zwar das groß- 3
väterliche Gut auf 1700 Thlr. und das väterliche auf 13000 Thlr. in der Verthei-
lung angeſchlagen und dadurch im Rechtsverſtande von ihnen käuflich übernommen
worden

L. 1. C. commun. vtriusque iud.

auch nach der Meinung verſchiedener Rechtslehrer beſonders des

Carpzov P. II. C. 39. def. 25. in f.

ein Miterbe der ein elterliches Grundſtück gegen Abfindung der übrigen Miterben
annimmt das Lehngeld zu erlegen für ſchuldig geachtet wird,

Ueberdem 4) Provocanten zur Abtragung des hergebrachten Lehngeldes von ge-
dachten Grund-Stücken überhaupt ſich pflichtig erkennen, und hinwiederum Provocaten
von demjenigen Antheil, ſo einem jeden unter ihnen zu ſeinem Erb-Antheile angefallen
nicht, ſondern nur allein von dem daran erlangten Uebermaaſſe das Lehngeld fordern,
Provocanten aber hievon eine beſonders erlangte Befreyung beyzubringen nicht ver-
mogt, und ihnen daher der Beweis der angezogenen Befreyung obzuliegen ſcheinen
dürfte,

D. a. u. d. 1) daß Provocanten die nach Erbgangs-Recht ihnen angefallenen 4
elterlichen Grund-Stücke unter ſich vertheilt haben, Provocaten eingeräumt haben, hin-
gegen daß ſolche Theilung für eine wahre Erbvertheilung zu halten ſey, ſowohl daraus,
daß ſie die ererbten gemeinſchaftlichen elterlichen Grund-Stücke zum Gegenſtand gehabt,
als auch aus dem Erbtheilungs-Receſſe ſelbſt ſich ergibt,

Gleichwohl 2) Kinder aus dem Grunde, weil ſie in der Belehnung ihres Vaters
begriffen ſind, bey der unter ihnen über ererbte elterliche Güter eingegangenen Erb-
theilung ein Lehngeld den gemeinen Rechten nach zu erlegen nicht pflichtig ſind,

Carpzov P. 2. C. 29. def. 23.

Und hiebey ſowohl in Anſehung des ihnen nach Erbgangsrecht angefallenen An- 5
theils als in Anſehung des Uebermaaſſes ſo einer oder mehrere durch die bey der Ver-
theilung geſchehene Annehmung eines Grundſtücks erlangt, gleiche Gründe eintreten,

In-

Indem 3) ſämmtliche Erben an dem ererbten ganzen Grund-Stücke und an allen deſſen Theilen ein condominium pro indiuiſo haben, und dieſes ſowohl den nach Erbgangs-Recht daran angefallenen noch unabgetheilten Erbantheil, als dasjenige betrifft, ſo ein jeder bey der wirklichen Vertheilung zu einem gröſſern Antheile erlangt hat,

Carpzov l. c. def. 23. n. 3. 4.
Franzkius de laud. c. 8. n. 63. 64.
Puſendorf obſ. iur. vniu. tom. III. obſ. 34. §. 7.

6 Und wenn gleich 4) ein Miterbe das ererbte Grund-Stück nach einem gewiſſen Anſchlage oder gegen andere ſeinen Miterben überlaſſene Erbgüter annimmt, dennoch die Aehnlichkeit welche ſolches mit einem Kaufe oder Tauſche gewinnt, die Art und Eigenſchaft der wirklich vollzogenen Erb-Vertheilung nicht aufhebt, vielmehr ſolche Art der Vertheilung zumahl bey untheilbaren Gütern als eine nothwendige Folge der den Kindern an dieſen Gütern verliehenen Succeſſion anzuſehen, und daher die Befugniß zu dieſer Abtheilung auf eine gleiche Weiſe wie die Succeſſion ſelbſt in der elterlichen Belehnung gegründet iſt, in welchem Betracht ſie von den Rechtslehrern als eine alienatio neceſſaria angeführt wird,

Puſendorf l. c.
Franzkius l. c. n. 49.

7 Dieſem zu Folge 5) bewährte Rechtslehrer den gemeinen Rechten nach behaupten, daß Kinder von dem auf irgend eine Weiſe ihnen zugetheilten ererbten Gute kein Lehngeld zu erlegen ſchuldig ſind,

Richter dec. 183. n. 137.
Franzkius l. c.
Hartm. Piſtor lib. 1. qu. 50. n. 57.
Puſendorf l. c. §. 7.

ſo wie hingegen wenn ſie deshalb unter die Abgabe des Lehngeldes gezogen werden ſollen, ſolches auf beſondern Landes-Rechten und Obſervanzen beruht, und dasjenige ſo

Carpzov P. II. C. 29. def. 25. in f.

aus den Churſächſiſchen Rechten anführt von ihm als ein beſonderes von den Verordnungen des gemeinen Rechts abweichendes Recht bemerkt iſt,

Solchemnach 6) Provocanten bey dem angebrachten Suchen die Gründe des gemeinen Rechts für ſich haben, und den Provocaten daher, welchen auf eine in der Obſervanz beruhende Befugniß von dem Uebermaaſſe deſſen, ſo einem Erben am Erbgut zugetheilt worden, das Lehngeld zu 10 Thlr. zu erheben ſich bezogen, der Beweis derſelben aufzuerlegen geweſen,

8 Als ſind wir wie im Urtheile geſchehen zu erkennen bewogen worden. 1777.

Num. 126.

Num. 126.

RESPONSVM.

THEMATA GENERALIA.

I. De vera natura donationis remuneratoriae.

II. De mandato morte mandantis expirante.

ARGVMENTA SPECIALIA.

Species facti. n. 1.

Quaeſtio prima et ſecunda. n. 2.

Rationes dubitandi.

Donatio quam quis ad remunerationem bene meritorum feciſſe profitetur pro remuneratoria habenda eſt. n. 3.

Donatio remuneratoria ex iure donationum ſimpliciter non eſt aeſtimanda. n. 4.

Nec eget inſinuatione cum per ſe ſubſiſtat. n. 5.

Rationes decidendi.

Donatio remuneratoria ea eſt quae fit ob bene merita quorum remuneratio iure quodam exigi poteſt. n. 6. 7.

Quae cum non adſint, donatio eſt ſimplex. n. 8.

Officia ad quae quis iure perfecto obligatur donationem remuneratoriam non efficiunt. n. 9.

Generalis profeſſio donantis de bene meritis non ſufficit. n. 10.

Si liberalitas officia longe ſuperat donatio ſimplex fit. n. 11.

Donatio remuneratoria ſi magna eſt etiam inſinuatione eget. n. 12.

Quaeſtionis primae deciſio. n. 13.

Rationes dubitandi ad quaeſtionem ſecundam.

Inſinuatio donationis a procuratore mandato ſpeciali inſtructo facta, valida eſt ſi, is mortem donantis interim ſubſequutam ignorauit. n. 14.

Etſi enim mandatum morte mandantis ſoluatur, tamen valet quod ignoranter a mandatario geſtum eſt. n. 15.

Rationes decidendi.

Inſinuatio a mandatario poſt mortem mandantis facta, nulla eſt, morte enim mandatum ſoluitur. n. 16. 19.

Voluntate enim cum morte ceſſante, negotium poſt mortem geſtum abſque mendato geſtum eſt. n. 17. 22.

Mandatarius vero eius cauſa quod poſt mortem geſſit, indemnis ſeruandus eſt. n. 18.

Heredes qui hereditatem acquiſiuerunt in momento mortis in locum defuncti cedunt. n. 20. 23.

Heredes ex donatione inualida non obligantur. n. 21.

Inſinuatio inutilis per confirmationem non fit valida. n. 24.

Vt teſtamentum poſt mortem inſinuatum inualidum eſt, ita etiam de donatione dicendum eſt. n. 25.

Quaeſtionis deciſio. n. 26.

Rechtsgutachten.

Hat der Major von B. im Jahr 1762 ſeine Landgüter S. und Z. verpachtet und 1
ſich nach Hamburg begeben, auch darauf im Jahr 1764 ſeine Landgüter ſeiner

Schweſter Sohn dem Oberſchenken von B. überlaſſen, jedoch die davon erhobenen Gelder bis auf etwas weniges im Mecklenburgiſchen belegt,

Inmittelſt hat derſelbe im Jahr 1766 zu Schwerin ſeinen letzten Willen errichtet und darin ſeine beyden Brüder zu Erben, jedoch nur in dem lebenslänglichen Nießbrauch, in der Subſtanz derſelben aber ſeine Brüder- und Schweſter-Kinder ſtammweiſe eingeſetzt, und ſonſt verſchiedene Vermächtniſſe verordnet;

In Hamburg hat derſelbe im Jahr 1767 eine gewiſſe Frauensperſon Nahmens Anne Wielen und zwar beſage ſeiner eigenhändigen Anmerkung im Calender gegen 30 Thlr. Gehalt zu ſich genommen; und zu deren Gunſten am Ende deſſelben Jahrs 1767 ein Codicill, worin er ihr ſeine Meublen vermacht, aufgeſetzt,

Bald darauf iſt derſelbe am 27ten Febr. 1768, nachdem er beynahe 8 Tage vorher beſtändig im delirio geweſen verſtorben, und hat zwey Brüder, wovon noch jetzt einer am Leben iſt, und zu Folge des Teſtaments den Nießbrauch des Vermögens hat, und Schweſter-Kinder von vier Linien nachgelaſſen,

Nach erfolgtem Abſterben des Major von B. hat vorgedachte Anne Wielen aus einer angegebenen Schenkung von 10000 Thlr. welche mehr als den dritten Theil des ganzen Nachlaſſes beträgt einen Anſpruch gemacht, und erhellet aus der in des Reichs-Cammergerichts-Aſſeſſors von Cramers Wetzlariſchen Nebenſtunden im 77ten Theile N. 5. eingedruckten Schenkungs-Urkunde vom 11ten Dec. 1767.

daß 1) gedachter Major von B. unter dem Anführen einer zugedachten Remuneration dieſer W. 7500 Thlr. in ⅔ und 8500 Mark Banco mit Vorbehalt des Nießbrauchs bey ſeinem Leben geſchenkt hat,

Und da 2) ſolche Schenkung den Werth von 1000 Species Thalern überſtiegen, hat derſelbe um dieſen Schenkungs-Brief bey dem Reichs-Cammergerichte zu inſinuiren, eine Special-Vollmacht auf den Reichs-Cammergerichts-Procurator Dr. Greſſ ausgeſtellet, welche vom 22ten Dec. 1767 datirt iſt; Iſt hierauf der Major von B. am 27ten Febr. 1768 zu Hamburg verſtorben, hat jedoch genannter Mandatarius erſt unterm 4ten März 1768 mittelſt einer bey dem Reichs-Cammergerichte übergebenen Supplication ſolchen Schenkungs-Brief zur Inſinuation und Confirmation gebracht und darauf unterm 5ten März 1768 das Decret des Reichs-Cammergerichts daß die gebetene Confirmation ſaluo iure cuiuscunque erkannt ſey, extrahirt, iſt mithin dieſe Inſinuation erſt einige Tage nach dem bereits unterm 27ten Febr. 1768 erfolgten Abſterben des donatoris unternommen worden,

Hat hierauf gedachte Wielen, wie die Acten ergeben, aus dieſer Schenkung bey dem Kaiſerlichen Reichs-Cammergerichte gegen den noch lebenden heredem vſufructuarium G. von B. und wider eine im Hannöverſchen ſeyende Linie der Schweſter-Kinder des Verſtorbenen im Jahr 1771 Klage erhoben und Ladung gegen ſie ausgebracht, jedoch iſt nach eingewandter exceptione fori et primae inſtantiae und erfolgtem weiterem Verfahren bey dem Reichs-Cammergerichte unterm 14. Sept. 1774 ein Urtheil dahin ergangen,

daß

daß Beklagte von ausgegangener Ladung zu abſolviren und zu entledigen und Klägerin mit ihrem Geſuch pto donationis wider G. von B. an deſſen rechte erſte Inſtanz zu verweiſen ſey;

Wie nun gedachte Wielin die Klage in erſter Inſtanz von neuem anbringen dürfte ſo erwachſen hiebey folgende Fragen:

1) Ob die angeführte Schenkung als eine donatio remuneratoria anzuſehen ſey und als ſolche beſtehen könne? 2

2) Ob dieſe Schenkung als eine große Schenkung beſtehe, oder in ſo weit ſelbige die Summe von 500 Ducaten überſteigt ungültig ſey, mithin die Erben des Schenkers befugt ſeyen, die Zahlung zu verweigern?

Ob nun wohl, ſo viel die 3

erſte Frage

betrift:

1) dieſe Schenkung den Anſchein einer donationis remuneratoriae daher gewinnet, daß der Major von B. im Schenkungs-Briefe die Abſicht, der Wielin

> noch bey ſeinem Leben eine Remuneration zufließen zu laſſen

ausdrücklich geäuſſert, daneben zur Bewegungs-Urſach ſeiner Freygebigkeit angeführt hat, daß er

> in Rückſicht ihres beſonders rechtſchaffenen und ununterbrochenen honetten Betragens gegen ihn, nicht weniger wegen ihrer fleiſſigen und treuen Aufſicht über ſeinen Hausſtand und ſämmtliche Sachen

zu ſolcher Schenkung ſich entſchloſſen habe, und dann ſonſt eine ex cauſa meritorum geſchehene und zu deren Vergeltung unternommene Schenkung pro remuneratoria donatione anzuſehen,

Dieſe Art der Schenkung aber 2) nach den Rechten einer gemeinen ex mera liberalitate herrührenden Schenkung nicht ſchlechterdings zu beurtheilen, vielmehr die Rechte ſelbſt verordnen, extra cauſam donationum eſſe talium officiorum mercedes, ſi quis opera vel gratia alterius vſus fuerit 4

> L. 19. §. 1. D. de donat.

und ſchon deswegen dergleichen Schenkungen für unwiderruflich erklären

> L. 34. §. 1. D. eod.

Darauf auch 3) verſchiedene Rechtslehrer die Meinung zu begründen ſuchen, daß eine donatio remuneratoria ſchon für ſich beſtehe und wenn ſie gleich die geſetzliche Summe von 500 Ducaten überſchreite, dennoch einer gerichtlichen Inſinuation nicht bedürfe 5

> *Carpzov* def. for. P. II. C. 12. def. 15.
> *Voetius* ad Pand. lib. 39. tit. 5. §. 17.
> *Gail* lib. 2. obſ. 39. n. 24.
> *Mynſinger* Cent. 4. obſ. 75.

und weil dieſe Meinung auf der Auctorität der Gloſſe beruht auch Leyſer dafür hält, in dubio hanc communem doctrinam deſeri non debere,

Leyſer ſpec. 435. m. 3.

Solchemnach daß obgedachte Schenkung die Eigenſchaft einer remuneratoriae donationis habe und deshalb ohne alle Inſinuation beſtehe er einigen Anſchein haben mögte,

6 D. a. u. d. Nur diejenige Schenkung im Rechtsverſtande pro donatione remuneratoria zu halten welche eine pflichtmäſſige Belohnung wirklich geleiſteter Dienſte und wie die Geſetze es ausdrücken, mercedem eximii laboris enthält

L. 34. §. 1. D. de donat.

und welche daher nicht ſowohl eine Art der Freygebigkeit, als eine aus Pflicht und Schuldigkeit unter der Form einer Schenkung geleiſtete Vergeltung beſtimmter Dienſte ausmacht, quae non eſt mera donatio ſed vera officii per mercedem facta remuneratio

L. 27. D. eod.
Leyſer ſpec. 436. m. 2. 3.
Rumelinus de donatione remuneratoria th. 34.
Harpprecht de different. donat. ſimplicis et remunerat. §. 3.

7 Weshalb 2) wahre und wirkliche Dienſte deren Belohnung aus einem Rechts-Grunde gefordert werden kann, zum Grunde liegen müſſen, wenn eine Schenkung die Eigenſchaft einer remuneratoriae donationis haben ſoll, ad donationem enim remuneratoriam talia deſiderantur bene merita, propter quae donatario facultas adeoque ius perfectum competit exigendi remunerationem

Wernher P. III. obſ. 65. n. 5. 6.
Stryk de bene meritis c. 3. n. 16.

ſeu quorum nomine extraordinariae perſecutioni locus eſt,

L. 1. pr. D. de extraord. cognit.
Bachouius ad Treutlerum vol. II. diſſ. 18. th. 2. lit. A. p. 37.

8 Gleichwohl 3) bey der in Frage ſtehenden Schenkung an der Eigenſchaft einer donationis remuneratoriae es gänzlich ermangelt und dieſe bloß eine gemeine Schenkung enthält, indem der Major von B. bey der der Wielin gemachten Schenkung ſchon durch die Erklärung, daß er ſolche

> zum Beweiſe, daß er mit ihrer Conduite vollkommen zufrieden ſey, und er nach ſeinem Vermögen ſie in glücklichere Umſtände verſetzen wolle,

errichtet, die Art und Eigenſchaft einer ex mera liberalitate herrührenden Schenkung, mithin einer donationis ſimplicis bezeichnet,

9 Hiernächſt 4) die in dem Schenkungsbriefe angegebenen Dienſte, welche die Wielin dem Major von B. theils durch das gegen ihn beobachtete Verhalten, theils durch die treue Aufſicht auf ſeinen Haus-Stand geleiſtet haben ſoll, ein mehreres nicht als Dienſt-

Dienſt-Pflichten ausmachen, welche ſie ex locatione operarum zu leiſten ſchuldig geweſen, indem er ſie in Dienſt genommen und mit einem jährlichen Gehalte von 30 Rthlr. angeſetzt, dergleichen Dienſt-Pflichten aber eine donationem remuneratoriam zu begründen nicht vermögen, officia enim ad quae quis iure obligatur donationem remuneratoriam non efficiunt; ideoque talis non eſt quando herus famulo qui negotia domeſtica ſolers obiuit donat

Leyſer ſpec. 436. m. 2.
Lauterbach in coll. th. pr. lib. 39. tit. V. §. 17.

Und wenn gleich 5) der Major von B. in Rückſicht auf ſolche Dienſt-Pflichten 10
ſich entſchloſſen zu haben erklärt

ihr eine Remuneration zuflieſſen zu laſſen,

dennoch eine donatio remuneratoria nicht nach der willkührlichen Benennung des Schenkers ſondern nach deren weſentlichen Eigenſchaften zu beurtheilen iſt,

Daher auch 6) die von dem Major von B. in dem Schenkungsbriefe angegebene unbeſtimmte Anzeige des von der Wielin ihm bezeigten Wohlverhaltens und der von ihr geleiſteten Dienſte, zu Begründung einer donationis remuneratoriae nicht zulänglich iſt, inmaſſen ohne deren beſtimmte Anzeige weder die Dienſte noch auch die Eigenſchaft der Belohnung ſich beurtheilen läßt, indem eine donatio anders nicht pro remuneratoria zu halten, als wenn ſolche eine obliegende und den geleiſteten Dienſten einigermaaſſen gleichmäſſige Belohnung in ſich hält, neque enim ad donationem remuneratoriam ſufficit in inſtrumento donationis exprimere generalem clauſulam de meritis ſeruitiisque impenſis

Mynſinger cent. IV. obſ. 75. n. 2.

neque ſola aſſertio donantis de bene meritis ſufficit cum magis ad colorandam donationem videatur facta

Stryk de bene meritis cap. II. n. 44. 53. ſq.

Dieſem 7) nicht weniger hinzutritt, daß dieſe Schenkung die ſehr anſehnliche 11
Summe von 10000 Rthlr. betrifft, welche gegen die von der Wielin geleiſteten Haus-Dienſte, die ohnedem aus dem bedungenen jährlichen Lohn ihre Vergeltung erlangt haben, keinen Schein einer Belohnung behält und in nichts weiter als in einer Freygebigkeit beruht, mithin donationem ſimplicem ausmacht, nam ſi pro modico beneficio accepto, liberalitas ampliſſima collata fuerit non remuneratoria ſed ſimplex donatio cenſenda eſt

Voetius ad pand. lib. 39. tit. 5. §. 17.
Harpprecht l. c. § IV.

Solchemnach 8) die in Frage ſtehende Schenkung in allem Betracht eine dona- 12
tionem ſimplicem enthält, welche in ſo fern ſie die geſetzliche Summe überſchreitet ohne gerichtliche Inſinuation nicht beſteht und deswegen auf die Erörterung deſſen, ob

eine donatio remuneratoria, ſo fern ſie über die geſetzliche Summe geht, von der in den Rechten vorgeſchriebenen gerichtlichen Inſinuation befreyt ſey, es nicht ankommt, immittelſt auch bey dieſer die Meinung verſchiedener Rechtsgelehrten zum rechtlichen Grund ſolcher Befreyung mit Beſtande Rechtes nicht angenommen werden mag, vielmehr eines Theils die allgemeine Verordnung der Rechte in

L. 25. L. 27. L. 34. C. de donat.

nach welcher alle Schenkungen ſo über die geſetzliche Summe gehen, zu ihrem Beſtand eine gerichtliche Inſinuation nöthig haben, andern Theils der dabey erwähnte Grund der Verordnung alioquin clandeſtinis et domeſticis fraudibus facile quiduis pro negotii opportunitate confingi poſſet, vel id quod vere geſtum eſt, aboleri

L. 27. C. eod.

auch auf die remuneratorias donationes geht, drittens dieſe Art von Schenkungen in

L. 36. C. eod.

in welcher ſonſt die geſetzlichen Ausnahmen enthalten ſind, unter den Ausnahmen nicht begriffen, vielmehr darin zugleich die Regel beſtätigt iſt, daß alle übrigen Schenkungen nur bis auf 500 ſolidos ohne Inſinuation gelten ſollen, weswegen denn von

Schilter in prax. iur. Rom. ex. 43. §. 11.
Pufendorf obſ. iur. tom. 1. obſ. 18.

und andern angeſehenen Rechtslehrern mit Grund behauptet worden, daß eine donatio remuneratoria über 500 ſolidos ohne gerichtliche Inſinuation für rechtsbeſtändig nicht zu halten, dieſem auch nicht entgegenſteht, daß bey einer donatione remuneratoria ein ius perfectum ad petendam remunerationem tamquam mercedem eximii laboris zum Grund gelegt wird, indem dieſe auf eine Vergeltung gehende Forderung, und die Form der Schenkung unter welcher die Vergeltung geſchehen ſoll, von einander unterſchieden ſind, und wenn gleich jene bey ihrem Werthe und Rechte verbleibt, dieſe dennoch als eine Schenkung, nach den Rechten und Vorſchriften welche über Schenkungen ertheilt ſind, zu beurtheilen iſt;

13 Als ſind wir dieſem allem zufolge der rechtlichen Meinung:

Daß die in Frage ſtehende donatio als eine remuneratoria nicht angeſehen werden könne, auch als eine ſolche an und für ſich nicht beſtehe.

Anlangend die

Zweyte Frage.

14 Obwohl der von dem Major von B. der Wielin ertheilte Schenkungsbrief in beyder Nahmen von dem Procurator Dr. Greſſ dem Kaiſerlichen Reichs-Cammer-Gerichte unterm 4ten März 1768 inſinuirt, dazu auch eine doppelte von beyden unterm 22ten Dec. 1767 ausgeſtellte Special-Vollmacht übergeben, nicht minder die gebetene Confirmation von dem Reichs-Cammer-Gerichte unterm 5ten März 1768 wirklich ertheilt worden,

Ferner 2) dieſe Inſinuation wenn ſie gleich nach dem bereits unterm 27ten Febr. 1768 erfolgten Abſterben des Major von B. geſchehen, dennoch deshalb für rechtsbeſtändig gehalten werden möchte, weil der Procurator Greſſ den Auftrag zu dieſem Geſchäffte, wenn wenigſtens auf die unterm 22ten Dec. 1767 datirte Special-Vollmacht Rückſicht zu nehmen iſt, bey Lebzeiten des Majors von B. empfangen und zur Zeit der Inſinuation von deſſen erfolgtem Abſterben in Betracht der Weite des Weges unmöglich einige Nachricht haben können, in ſolcher Unwiſſenheit aber die aufgetragene Inſinuation vollzogen,

Und dann 3) zur Aufrechthaltung der darauf bey dem Kaiſerlichen Reichs-Cammer-Gerichte ausgewirkten Confirmation die Verordnung des 15

L. 26. pr. D. mandati

eintreten möchte, mandatum ſoluitur morte: ſi tamen per ignorantiam impletum eſt competere actionem vtilitatis cauſa dicitur,

Und wie dieſem zufolge eine nach dem Tode des mandantis unwiſſend vollzogene Handlung dieſe Kraft hat, daß eine Klage daraus erwächſt, ſo auch die vollzogene Handlung ſelbſt für gültig und rechtsbeſtändig zu halten ſeyn dürfte,

Davon aber 4) auf den gegenwärtigen Fall die Anwendung um ſo mehr zu machen zu ſeyn ſcheint, da nicht allein der Procurator die aufgetragene Inſinuation vollzogen, ſondern auch ſolche von dem Reichs-Cammer-Gerichte für hinlänglich angenommen und die gebetene Confirmation ertheilt iſt, weshalb auch für deren Beſtand die Meinung

vom Cammer-Gerichts-Aſſeſſor von Cramer in den Wetzlariſchen Nebenſtunden Part. III. N. V. p. 419.

geäuſſert worden.

D. a. u. d. 1) der von dem Major von B. zum Vortheil der Wielin errichtete Schenkungs-Brief in Anſehung deſſen, daß die darin enthaltene Schenkung, den Werth der in den Geſetzen frey zu verſchenken erlaubten 500 Ducaten überſteigt, anders nicht als auf erfolgte gerichtliche Inſinuation ſeine Kraft und Gültigkeit erlangen können, 16

L. 25. L. 27. L. 36. C. de donat.

auch die Nothwendigkeit ſolcher Inſinuation von dem Schenkgeber ſelbſt in der unterm 22ten Dec. 1767 dazu ausgeſtellten Special-Vollmacht ausdrücklich anerkannt worden,

Gleichwohl 2) ſolche Inſinuation bey dem Leben des Majors von B. nicht geſchehen, die nach deſſen Abſterben aber von ſeinem mandatario unternommene Inſinuation für rechtsbeſtändig nicht zu achten, da die von ihm dazu ertheilte Vollmacht ſchon den 27ten Febr. 1768 mit ſeinem Tode gänzlich erloſchen, mithin die Inſinuation ſo deſſen Procurator Greſſ unterm 4ten März deſſelben Jahrs unternommen ohne Vollmacht geſchehen iſt,

An-

17 Anerwogen 3) der Grundſatz quod mandatum re integra domini morte finiatur unter der Vorausſetzung daß noch res integra und das Geſchäft noch nicht vollzogen iſt, ſowohl in den Rechten ſelbſt

L. 15. C. mand.

als auch in der Natur der Sache gegründet iſt, indem der Wille des mandantis mit ſeinem Abſterben und damit auch deſſen Auftrag aufhört, folglich ein daraus nach deſſen Ableben vollzogenes Geſchäft als eine ohne Auftrag unternommene Handlung anzuſehen iſt,

18 Davon auch 4) die Rechte in dem Fall, wenn der Bevollmächtigte aus Unwiſſenheit des erfolgten Abſterbens den Auftrag vollzogen und daraus Schaden erlitten hat, eine Ausnahme weiter nicht als in Anſehung des Bevollmächtigten und zwar dahin machen, daß derſelbe deshalb weil ihm dieſe Unwiſſenheit nicht beyzumeſſen, ſchadlos zu halten, ne damno adficiatur is qui mandatum ſuſcepit

L. 15. D. mandat.

und dahin die Verordnung des vorangezogenen

L. 26. pr. D. eod.

gerichtet iſt, quod, ſi per ignorantiam impletum eſt mandatum, actio vtilitatis cauſa competere dicatur,

In mehrerem Betracht daß 5) dieſe Verordnung bloß die auf Schadloshaltung des Bevollmächtigten gehende actionem mandati contrariam deshalb betrift, weil die Verbindlichkeit zu ſolcher Schadloshaltung der Billigkeit nach, auch auf den nach Abſterben des mandantis unverſchuldet erwachſenen Schaden gerichtet, und daher ausdrücklich verordnet worden, quod mandatum quidem morte mandantis, non etiam actio mandati ſoluatur

L. 58. pr. D. mandati

wie denn dasjenige was in

L. 26. et L. 58. D. mand.

verordnet iſt, von Juſtinianus in vollem Zuſammenhange ſo ausgedrückt und auſſer allen Zweifel geſetzt wird, ſi adhuc integro mandato mors alterutrius interueniat id eſt, vel eius, qui mandauerit, vel eius, qui mandatum ſuſceperit, ſoluitur mandatum, ſed vtilitatis cauſa receptum eſt, ſi eo mortuo, qui tibi mandauerat, tu ignorans eum deceſſiſſe, executus fueris mandatum, poſſe te agere mandati actione: alioquin iuſta et probabilis ignorantia tibi damnum afferet,

§. 10. I. de mandato.

hiebey auch dasjenige was die actionem mandati betrift bloß vtilitatis cauſa, hoc eſt ex aequo et bono als eine Ausnahme eingeführt worden,

Vinnius in Comm. ad inſt. ad cit. §. 10. de mand.

Dahin=

Dahingegen 6) was das Mandatum ſelbſt anbelangt, dieſes in der angezogenen 19
Verordnung durch den Tod des mandantis ſchlechterdings für erloſchen erklärt wird, und daher ein aufgetragenes Geſchäft deſſen Vollziehung auf dem Willen des mandantis beruht, nach deſſen Abſterben auf eine gültige Weiſe nicht vollzogen, und daher eine Schenkung eben ſo wenig als ein Teſtament auf den Nahmen des Principals und aus einer ſchon erloſchenen Vollmacht des mandantis mit Beſtand-Rechtes gerichtlich nicht inſinuirt werden kann, extinctum enim eſt mandatum finita voluntate

L. 12. §. 16. D. mandati.

ideoque ſi donator decedit nondum facta inſinuatione donatio eſt nulla, nec amplius poteſt inſinuari cum mandatum ad inſinuandum expirauerit morte mandantis

Steph. Gratianus diſceptat. for. Tom. IV. cap. 7. §. 3. n. 5. et 33.

Dieſem 7) hinzutritt daß die Inſinuation bey einer über 500 ſolidos gehenden 20
Schenkung zur forma et ſolemnitate legati dergeſtalt gehört, daß wenn ſie nicht geſchehen, die Schenkung in Anſehung ſolcher überſteigenden Summe nichtig iſt,

L. 34. pr. et §. 1. C. de donat.

Folglich die qu. Schenkung da ſie bey dem Leben des Major von B. nicht inſinuirt worden, bey deſſen Abſterben ſo fort ex diſpoſitione legis citatae mithin ipſo iure nichtig geweſen, gleichwohl die Erben des Majors von B. von dem Augenblick ſeines Abſterbens in deſſen geſammte Rechte getreten und die perſonam defuncti zu repräſentiren angefangen cum heres quandocunque adeundo hereditatem, iam tunc a morte ſucceſſiſſe defuncto intelligatur

L. 54. D. de acq. et omit. hered.
L. 138. D. de reg. iur.

mithin nach dem Abſterben des Major von B. alles aus dem Rechte der Erben zu be- 21
urtheilen, dieſe aber aus der ipſo iure nichtigen und kraftloſen Schenkung nicht verbunden worden, vielmehr die Befugniß, der geſetzlichen Verordnung der

L. 34. cit.

ſich zu bedienen, ſo fort bey dem Abſterben des Erblaſſers erworben und erlangt und dieſes ius quaeſitum ſo wenig als andere Erbrechte, ihnen nicht entzogen werden kann,

Solchemnach wenn 8) nach dieſen ungezweifelten Rechtsgründen die von dem 22
Procurator Greſſ bey dem Kaiſerlichen Reichs-Cammergerichte geſchehene Inſinuation dieſer Schenkung beurtheilt wird, dieſe als eine nicht von dem Major von B. als donatore ſondern als eine von einem Fremden ohne alle Vollmacht unternommene, mithin null und nichtige Inſinuation anzuſehen iſt, indem a) die Vollmacht des Major von B.

die oberſtrichterliche Confirmation und Beſtätigung dieſer Schenkung in ſeinem Nahmen zu begehren

ſofort mit ſeinem Tode erloſchen

23 Hingegen b) deſſen Erben nach erfolgter Antretung der Erbſchaft, mit dem Augenblick ſeines Todes in ſeine völlige Rechte getreten, folglich c) der Procurator Greſſ nach erloſchener Vollmacht in dem Nahmen des Majors von B. die Inſinuation nicht unternehmen, er auch wiederum zum Nachtheil der Erben als welche ſchon damahls die Eigenthümer des über 500 Ducaten ungültig verſchenkten Vermögens geweſen, nichts mit Beſtand unternehmen können, und daher in allem Betracht die Inſinuation ungültiger Weiſe geſchehen, nihil vero intereſt, an nulla facta inſinuatio an minus recte facta ſit

Faber Cod. Sab. lib. 8. tit. 40. def. 6. nota ſin.
Cramer Wetzlar. Beiträge Part. I. N. 32. p. 145.

24 Endlich 10) dieſem nicht entgegen ſteht daß die gerichtliche Beſtätigung der qu. Schenkung auf die nachgeſuchte Inſinuation bereits ertheilt iſt, inmaßen ſolche eines Theils nur unter der Clauſel, ſaluo iure cuiuscunque ausgefertigt worden, andern Theils auf eine zu Recht nicht beſtändige Inſinuation keine gültige Confirmation ertheilt werden kann, vielmehr ſolche pro inutili anzuſehen und den Rechten eines dritten unnachtheilig verbleibt

Stryk de confirmatione princip. cap. 1. §. 29. 30.

25 Hiebey auch nach der Analogie deſſen, was Stryk von einem nach dem Tode des Teſtators beſtätigten Teſtament anführt, auf gleiche Weiſe von einer nach dem Tode des Schenkgebers beſtätigten Schenkung zu behaupten quod, ſi eius modi donatio non amplius viuo donatore, ſed eo iam mortuo demum confirmatur a iudice, haec confirmatio nullius momenti ſit, cum ſtatim poſt mortem donatoris heredibus eius in bonis inualide donatis ius ſit quaeſitum, quod ipſis iudex auferre non potuit,

Stryk l. c. c. 3. §. 13.

26 Als erhellet hieraus allenthalben ſoviel:

daß weil es dieſer Schenkung an einer rechtsbeſtändigen Inſinuation mangelt dieſelbe als eine donatio magna nicht beſteht, ſondern ſo weit ſie die geſetzliche Summe von 1000 Species Thlr. oder 2000 Fl. überſteigt, ungültig iſt, und daher die Erben des donatoris deren Zahlung zu verweigern den Rechten nach für befugt zu halten. 1775.

Num. 127.

RESPONSVM.

THEMA GENERALE.

Hereditas delata ac nondum adita, ad heredes non transmittitur.

Argvmenta specialia.

Species facti. n. 1.
Quaeſtio. n. 2.

Rationes dubitandi.

Liberi paternam hereditatem ipſo iure acquirunt. n. 3.
Etſi liberi per ſeparatam oeconomiam a patria poteſtate liberentur, tamen iura familiae retinent. n. 4.
Aequiparandus eſt talis ei qui ob dignitatem a patria poteſtate liberatus eſt. n. 5.
Iure Iuſtinianeo emancipati ſuis aequiparati ſunt. n. 6.
Iure Germanico hereditas ipſo iure acquiritur. n. 7.
Imprimis ſi heres animum adeundi ſignificauit. n. 8.
Heres heredis etiam ob transmiſſionem ex iure deliberandi adire poteſt. n. 9.
Et ope reſtitutionis in integrum adire poſſunt. n. 10.

Rationes decidendi.

Hereditas non adita non transmittitur. n. 11.
Heredes ſui ſunt liberi qui tempore mortis in patria poteſtate fuerunt. n. 12.
Quales non ſunt liberi qui propriam oeconomiam inſtituerunt. n. 13. 16.
Nec intereſt quo modo a patria poteſtate liberati ſunt. n. 14.
Ius ſuitatis tantum ratione acquiſitionis hereditatis effectum habet. n. 15.
Emancipati ratione iuris non vero ratione modi ſuccedendi ſuis aequiparati ſunt. n. 16.
Aditione itaque demum acquirunt hereditatem. n. 17.
Iuris germanici ſanctio de acquiſitione hereditatis per receptionem iuris romani ſublata eſt. n. 18.
Hereditas antequam delata non eſt adiri nequit. n. 19.
Hereditas per procuratorem adiri non poteſt. n. 20.
Heres qui delationem hereditatis ignorauit ſpatium deliberandi transmittere nequit. n. 21.
Reſtitutio in integrum ex iure proprio quidem, non vero ex iure alterius peti poteſt. n. 22.
Reſtitutio in integrum ex perſona defuncti contra omiſſionem aditionis hereditatis non quouis caſu competit. n. 23.
Quaeſtionis deciſio. n. 24.

Rechtsgutachten.

Als uns eine Geſchichts-Erzählung nebſt einem darüber von einem angeſehenen Rechtsgelehrten ausgeſtellten Gutachten und den dagegen gemachten rechtlichen Erinnerungen zugefertigt und wir darüber unſere rechtliche Meinung zu ertheilen gebeten worden demnach erkennen wir für Recht:

 Hat

1 Hat Cajus ein anſehnliches Vermögen an beweglichen Gütern zu Achen beſeſſen und iſt ohne Teſtament und mit Hinterlaſſung eines einzigen Sohns Titius verſtorben, iſt jedoch dieſer zu ſolcher Zeit ſchon ſelbſt dermaßen krank und beſinnungslos geweſen daß er wenige und etwa fünf Stunden darauf verſtorben, und von dem Tode ſeines Vaters keine Kenntniß noch Wiſſenſchaft erhalten hat,

Iſt dieſer Titius bereits verheirathet geweſen und hat eine Frau jedoch keine Kinder nachgelaſſen, und hat ſelbige als Erbin ihres Mannes, wofür ſie ſowohl nach den Achenſchen Statuten, nach welchen der längſt lebende Ehegatte das Mobiliar-Vermögen des verſtorbenen ererbt, als auch vermöge eines von Titius errichteten Teſtaments, darin ſie mit Vorbehalt des väterlichen Pflichttheils zu deſſen Univerſal-Erbin in beweglichen und unbeweglichen Gütern eingeſetzt worden zu betrachten iſt, auch den Beſitz der Verlaſſenſchaft des Cajus ergriffen,

Nachdem nun hiebey die Frage

> Ob die Ehefrau des Titius als deſſen Erbin aus einigem Rechtsgrunde die Erbſchaft des Cajus an ſich ziehen und behalten könne?

zu einem darüber zu ertheilendem Rechtsgutachten ausgeſtellt iſt und ſolches dahin ausgefallen

> daß die vom Titius nicht angetretene Erbſchaft ſeines Vaters Cajus auf ſeine nachgelaſſene Erbin nicht vererbt worden, und hiebey keiner der in den Rechten beſtimmten Fälle eintrete, in welchen eine nicht angetretene Erbſchaft aus beſondern Gründen auf die weitern Erben vererbt werden könne

und dann über dieſes Rechtsgutachten einige Erinnerungen übergeben worden, ſo erwächſt nunmehr die Frage

> 2 Ob die in dem Gutachten aufgeſtellte oder die in den Erinnerungen vertheidigte Meinung den Rechten nach gegründeter ſey?

3 Ob nun wohl die Erbſchaft des Vaters Cajus dem Sohn Titius noch bey ſeinem Leben angefallen, und durch ſolchen Anfall der Titel zu dem Erbrechte hinlänglich begründet wird, auch hiebey ſolche Umſtände einzutreten ſcheinen, nach welchen dieſes Erbrecht auch ohne geſchehene Antretung der Erbſchaft auf des Titius Erben vererbt worden,

Allermaßen I) behauptet werden mögte, daß Titius als leiblicher Sohn des Cajus bloß dadurch daß er ſeinen Vater überlebt, deſſen Erbſchaft ipſo iure als heres ſuus den gemeinen Rechten nach erworben habe,

4 Weil 1) die Austretung aus der väterlichen Gewalt durch Einrichtung einer eigenen Haushaltung und eignen Heerdes, wie ſelbige nach Teutſchen Sitten geſchieht, nach der Art der Römiſchen Emancipation nicht beurtheilt werden könne,

> *Iuſt. Henn. Boehmer* de ſtatu liberorum ſui iuris per ſeparat. vel per nupt. cap. II. §. 13. ſq. in tom. I. exerc. ad Pand. ex. 21.

in-

inmaßen wenn gleich Kinder durch ſolche Abſonderung aus dem våterlichen Hauſe gehen und in ſo fern ſui iuris werden, dennoch ſie dadurch die Familien-Rechte nicht verliehren und daraus die Folge, daß ihnen das ius ſuitatis eben ſowohl ungekränkt verbleiben müſſe gezogen werden dürfte,

Zumahl hiebey 2) eine Analogie von der Aufhebung der våterlichen Gewalt, 5
welche bey den Römern durch die von einem Sohn erlangten, angeſehenen, in der

Nov. 81. c. 2.

beſtimmten Würden geſchehen, ſtatt haben kann, welche bekanntlich die Wirkung einer Emancipation nicht gehabt, wobey vielmehr einem dergeſtalt abgeſonderten Sohne alle Familien-Rechte und die ſogenannten iura legitima et naturalia worunter das ius ſuitatis gerechnet werden will, aufrecht erhalten worden,

Dieſem auch 3) Gründe, theils aus den neuen Römiſchen Rechten nach welchen 6
emancipirte Kinder den noch in der våterlichen Gewalt ſtehenden Kindern in der våterlichen Erbfolge völlig gleich geſetzt werden,

Nov. 118.

theils aus den alten Teutſchen Sitten beygefügt werden können, nach welchen das 7
Erbrecht, vermöge der Parömie der Todte erbet den Lebenden, auf Inteſtat-Erben ipſo iure vererbt wird,

Ueberdem II) aus dem Teſtamente des Titius und der darin eingerückten Clauſel 8

die mir anerfallenen oder annoch anerfallenden Erbſchaften gehe ich mit Gemüth und Leibe an

der beſondere Grund hergeleitet werden möchte, daß dadurch Titius ſchon zum voraus die von ſeinem Vater ihm dereinſt anfallende Erbſchaft wirklich angetreten und dadurch daß ſolcher Anfall noch bey ſeinem Leben erfolgt, auf ſeine eingeſetzte Erbin vererbt, wenigſtens derſelben mittelſt dieſer Erklärung die Vollmacht ſolche annoch nach ſeinem Tode cörperlich anzugehen ertheilt habe,

Hiezu auch III) die Erbin des Titius aus dem in 9

L. 19. C de iure deliberandi.

verordneten Ueberlegungs-Jahre berechtigt zu ſeyn glaubt, indem bey deſſen Auslegung zwey Fälle von einander abzuſondern ſeyen, und der erſte hiebey in Betracht kommende Fall darin beſtehe, daß wenn einer das Ueberlegungs-Jahr verdient habe, und ehe er von der Erbſchaft gewußt, verſtorben ſey, folglich auf ſolche Wohlthat auf keine Weiſe Verzicht gethan habe, der andere vorjetzt nicht eintretende Fall aber nach dem §. ſi quidem darin beruhe, wenn der Erbe davon Wiſſenſchaft gehabt und dabey geordnet ſey, daß wenn auch der verſtorbene Erbe ſich darüber nicht erklärt, dennoch die rückſtändige Ueberlegungs-Zeit von Zeit der erlangten Wiſſenſchaft des Erb-Anfalls deshalb anzurechnen ſey quod annus deliberandi non currat niſi ſcienti

Coccii ius Controv. lib. 29. tit. 2. qu. 4.

10 Dahingegen IV) die allenfalls von der Erbin nachzuſuchende reſtitutio in integrum deshalb für unſtatthaft nicht zu halten ſeyn dürfte, weil in

L. 86. D. de acq. vel omitt. hered.

ſchon in einem ähnlichen Falle wo einem Erben der wegen der Abweſenheit worin er öffentlicher Geſchäfte halber, geſtanden, von der ihm angefallenen Erbſchaft keine Wiſſenſchaft zu erlangen vermogt und darüber verſtorben, die reſtitutio in integrum ex reſcripto principis ertheilt worden, und dabey bloß die reſtitutio ex clauſula praetoris generali in Anwendung gebracht zu ſeyn ſcheint, aus welchem Grunde auch verſchiedene Rechtslehrer dafür halten, daß wenn der Erbe in dem Falle einer unvermeidlichen Unwiſſenheit von der ihm bey ſeinem Leben angefallenen Erbſchaft geſtanden, deſſen nachgelaſſene Erben ſich mit der reſtitutione in integrum dagegen ex perſona defuncti ſchützen können, und daher behaupten, quod hoc caſu heredes ob iuſtam defuncti ignorantiam iudicis officium implorare poſſint, vt ex clauſula generali ad ius deliberandi reſtituantur

Carpzov in iurispr. for. P. 3. Conſt. 14. def. 16. n. 7. 8.
Brunnemann ad L. 19. C. de iure delib. n. 5. 6.

Solchemnach die hierauf beruhende und in den gegen obgedachtes Gutachten gemachten Erinnerungen vertheidigte Meinung, einen erheblichen Anſchein für ſich hat;

11 D. a. u. d. Titius die ihm angefallene väterliche Erbſchaft nicht angetreten, einem bekannten Rechtsgrundſatze zufolge aber eine hereditas non adita non transmittitur hiebey auch die beſondern Gründe, aus welchen eine nicht angetretene Erbſchaft vererbt werden kann, keine Anwendung leiden

12 Indem I) Titius durch die vorlängſt angeſtellte Haltung eines eigenen Heerds aus dem väterlichen Hauſe, und aus der väterlichen Gewalt getreten und derſelbe den Rechten nach pro herede ſuo nicht mehr gehalten werden kann, immaſſen 1) das ius ſuitatis ein bloßes Recht der in väterlicher Gewalt ſtehenden Kinder iſt, und die Rechte nur diejenigen als heredes ſuos bezeichnen welche bey dem Abſterben des Vaters in deſſen Gewalt unmittelbar geſtanden

L. 11. D. de liber. et poſth. hered. inſtit.
L. 14. D. de ſuis et legit. hered.
§. 2. I. de hered. qualitate et differ.

13 gleichwohl Kinder nach alten teutſchen Rechten und hergebrachten Sitten durch Haltung eines eigenen Heerds und Einrichtung einer eignen Haushaltung oder durch die Heirath ipſo iure aus der väterlichen Gewalt gehen, und nicht mehr als Hausſöhne angeſehen werden können, wie ſolches

Pufendorf in obſ. iur. Tom. 1. obſ. 99.

und

Grupen in diſcept. forenſ. cap. 2. membr. 2. p. 83-114.

aus teutſchen Sitten und darauf gegründeten Erkenntniſſen ausgeführt haben, folglich ſie auch nicht ſui heredes ſeyn können,

Wie

Wie denn 2) darauf, auf welche Art und Weiſe Kinder von der väterlichen Ge- 14
walt befreyet worden, und ob ſolches durch Emancipation oder auf andere Weiſe ge-
ſchehen, es nicht ankommt und daher ſchon nach dem neuern Römiſchen Rechte, die
Söhne welche von der väterlichen Gewalt durch beſtimmte Würden nach der

Nov. 81. c. 2.

befreyet und dadurch ſui iuris geworden, ohne einen Wiederſpruch anzunehmen, nicht
mehr heredes ſui bleiben können, indem das ius ſuitatis ein aus der väterlichen Ge-
walt herrührendes Verhältniß der Kinder gegen ihren Vater zum Grund hat und da-
her mit dem Austritte aus der väterlichen Gewalt aufhört, überdem dieſes ius ſuitatis, 15
nur allein auf die Art und Weiſe wie die Erbfolge ipſo iure auf die Kinder kommt,
einigen Einfluß hat, dieſer modus ſuccedendi aber nach aufgehobener väterlicher Ge-
walt nothwendig wegfallen muß, ſolcher auch von dem Familien-Rechte weſentlich ver-
ſchieden iſt und eben deshalb in gedachter Nov. 81. beſonders hinzugefügt wird, daß
den durch Würden abgeſonderten Kindern nichts deſtoweniger alle Familien-Rechte
ungekränkt verbleiben, mithin ſelbige das ius ſuccedendi, welches von jenem modo
ſuccedendi gänzlich unterſchieden iſt behalten ſollten, wie ein ähnlicher Vorbehalt der
Familien-Rechte ſchon von Kaiſer Anaſtaſius denen die per reſcriptum principis emanci-
pirt waren

L. 11. C. de legitimis heredib.

zugeſtanden worden, ungeachtet die auf dieſe Weiſe Emancipirten gleichfalls nicht ſui 16
heredes geblieben, weshalb denn wegen völliger Gleichheit der Gründe die per ſepa-
ratam oeconomiam von der väterlichen Gewalt abgeſonderten Kinder zwar ein unſtrei-
tiges Erbrecht, hingegen nicht das ius ſuitatis behalten, nec enim dici poteſt liberos
ſeparatos ius ſuitatis retinere

Harpprecht de ſeparatione ab oeconomia patris §. 37.
Puſendorf obſ. iur. Tom. III. obſ. 1. §. 7.

Demnächſt 3) wenn gleich den emancipirten Kindern in den Juſtinianeiſchen 17
Rechten und namentlich in der Nov. 118. in Anſehung der Erbfolge gleiche Rechte
mit den in väterlicher Gewalt ſtehenden Kindern verliehen worden, dennoch dieſes nur
allein das ius ſuccedendi ab inteſtato, nicht aber den von dem iure ſuitatis abhängen-
den und den, den in der väterlichen Gewalt ſtehenden Kindern eigenen, modum ſucce-
dendi betrift,

Weshalb 4) auch abgeſonderte Kinder zwar das Inteſtat-Erbrecht behalten, je- 18
doch deſſen anders nicht als wie andere freywillige Erben durch Antretung der Erb-
ſchaft nach gemeinen Rechten theilhaftig werden ſeparati videlicet iure ſuorum here-
dum non fruuntur, nec ideo patris ſui heredes ipſo iure exiſtunt ſed tales fiunt aditione

G. L. Boehmer de diſcrimine ſuorum et emancipat. in ſucceſſione ab inte-
ſtato iure nouo ſublato 10. §. 16. in Elect. iur. civ. tom. I. exerc. V.

Ue-

19 Uebrigens obgleich 5) das Erbrecht überhaupt nach alten Teutſchen Rechten und nach der darauf Bezug habenden obangeführten Parömie auf Inteſtat-Erben ipſo iure vererbt worden, dennoch ſolches nachdem das Römiſche Recht als gemeines Recht in der Erbfolge angenommen iſt, nicht anders als ſo weit es an wenigen Orten durch Landes- oder Stadt-Geſetze beybehalten worden, zum Grund gelegt werden kann,

Reinharth obſerv. ad Chriſtinaei deciſ. vol. I. obſ. 84. vol. IV. obſ. 32.
Cramer obſ. iur. tom. II. Part. 2. obſ. 608.

gleichwohl daß gedachte Parömie in der Reichsſtadt Achen weder durch Verordnungen noch durch Herkommen beybehalten ſey, in facto angeführt worden,

20 Demnächſt II) die aus dem Teſtament des Titius angezogene Clauſel der Wittwe zur Erwerbung der nicht angetretenen Erbſchaft nicht zu ſtatten kommen kann,

Indem 1) die Erklärung des Titius daß er jede erfallene oder annoch anerfallende Erbſchaft mit Gemüth und Leib angehe, deshalb kraftlos iſt, weil eine Erbſchaft zur Zeit der Angehung oder Antretung angefallen ſeyn muß

L. 21. §. 1. D. de acq. vel omit. hered.

nemo enim nec pro herede ſe gerere poteſt viuo eo, cuius in bonis gerendum ſit

L. 27. D. eod.

und eben deshalb auch ein Erbe die Kenntniß und Wiſſenſchaft deſſen daß durch das Abſterben eines Erblaſſers ihm eine Erbſchaft angefallen ſey, haben muß, qui enim hereditatem adire volet certus eſſe debet defunctum eſſe teſtatorem

L. 19. L. 32. D. eod.

21 Eben ſo wenig auch 2) Titius ſeiner eingeſetzten Erbin eine Vollmacht zur Antretung einer annoch anzufallenden Erbſchaft die er ſelbſt zum voraus nicht anzutreten vermogt, geben können, da in den Rechten klar geordnet iſt quod hereditas adiri per procuratorem non poſſit

L. 90. D. eod.

folglich die obgedachte Teſtaments-Clauſel in allem Betracht kraftlos und unwirkſam iſt,

22 Ferner auch III) Titius von der ihm angefallenen väterlichen Erbſchaft bey ſeinem Leben keine Wiſſenſchaft erlangt, derſelbe alſo in den Fall deshalb eine Ueberlegung zu pflegen ſelbſt noch nicht gekommen iſt, folglich auch das davon abhangende Recht auf ſeine Erben nicht zu vererben vermogt hat, als wozu nach der Natur der Sache, und nach

L. 19. C. de iure deliberandi.

die von dem Anfalle gehabte Wiſſenſchaft zum voraus geſetzt wird,

Allermaßen 1) in dem in dieſer L. 19. enthaltenen erſten Falle, da der Erbe die gewöhnliche Ueberlegungszeit von der Obrigkeit ausgewirkt hat, als wohin der Ausdruck geht, ſi meruit deliberationem, über ſolche Wiſſenſchaft nicht einmahl ein Zwei-

fel

fel gemacht werden kann, in dem zweyten Falle aber, ſi ſciens hereditatem vel ab inteſtato vel ex teſtamento ſibi eſſe delatam deceſſerit, deliberatione minime petita, die Wiſſenſchaft ausdrücklich zum Grund gelegt worden, wenn das in den Rechten beſtimmte Ueberlegungs-Jahr welches von der Zeit der Wiſſenſchaft anzurechnen, oder die davon noch rückſtändige Zeit, auf weitere Erben vererbt werden ſoll,

Derowegen 2) die in dieſem Geſetze enthaltene Verordnung nach dem richtigern Sinne derſelben nur in dem Falle eintreten kann, ſi is cui delata eſt hereditas delatam ſibi ſciuit, quoniam cum in deliberatione heredis fundetur haec transmiſſio, non poteſt fieri niſi ab eo qui delatam ſibi hereditatem cognouerit, non poteſt enim vllo modo intelligi in deliberatione fuiſſe, qui ignorauit, cum in ignorantem non cadat deliberatio

Perezius ad Cod. lib. 6. tit. 30. n. 6.

Zumahl da 3) in

L. 7. C. de iure delib.

klar verſehen iſt, daß wenn der Erbe vor erlangter Kenntniß deſſen daß der Erblaſſer bereits mit Tode abgegangen ſey verſtirbt, er die ihm angefallene Erbſchaft auf ſeine Erben nicht vererbe,

Uebrigens IV) eine reſtitutio in integrum gegen die von dem Erblaſſer nicht geſchehene Antretung der Erbſchaft ex clauſula praetoris generali nicht begründet werden mag, 23

Indem 1) dieſe zwar bey einem Hinderniſſe ſo in eigenen Rechts-Handlungen eintritt, aus eigenem Rechte oder ex propria perſona gebeten nicht aber bey Hinderniſſen die ein factum tertii betreffen, ex perſona alterius geſucht werden kann, und darunter das den Erblaſſer betreffende Unvermögen gehört, wodurch er die väterliche Erbſchaft anzutreten auſſer Stand geweſen,

Solches rechtliche Bedenken auch 2) in den in 24

L. 86. D. de acquir. vel omitt. hered.

bemerkten Fällen eingetreten, und den Grund enthalten weshalb die reſtitutio in integrum, quae ex perſona defuncti ſtricto iure non competebat, von dem Römiſchen Magiſtrat welcher die Gerichtbarkeit hatte, nicht ertheilt worden, noch von den Erben aus eigenem Recht geſucht werden können nam ab herede ex ſua perſona nullo modo peti potuit cum ei hereditas numquam delata ſit, quae tantum delata fuit defuncto, nondum vero acquiſita: et ita ſe res habet ſummo et ſubtili iure

Iac. Cuiacius in comment. ad lib. VI. reſponſor. Papiniani in cit. L. 86. de acq. vel omitt. hered. tom. I. oper. p. 254.

Wegen dieſer rechtlichen Bedenken aber nach dem Inhalte jenes Geſetzes, 3) die reſtitutio in integrum ex reſcripto principis geſucht, und ſolche beſonders durch die Abweſenheit des Erblaſſers in öffentlichen Geſchäften begründet und in dem Maaſſe in cit. L. 86. ertheilt worden, woraus die Folge ſich ergibt daß ſolche nicht in jedem an-

dern Falle, wo der Erblaſſer der Unwiſſenheit halber die Erbſchaft anzutreten unvermögend geweſen, oder ſonſt daran verhindert worden, in Anwendung gebracht werden kann; Duplex eſt enim huius reſtitutionis ratio, vna abſentiae reipublicae cauſa, altera tamen ratio non ſufficit; eſt enim ius ſingulare et benigne receptum, quod tamen non eſt trahendum ad conſequentiam; vt quam minimum fieri poteſt recedamus a iure ſcripto

Cuiacius l. c. p. 255.

ideoque ſi ſola intercedit repentina fatalitas ob quam hereditas adita non eſt, ex ea reſtitutio non indulgetur

Ferd. de Retes opuſculor. lib. VII. in Meermanni theſ. iur. Rom. tom. VI. p. 368.

Dahingegen 4) eine bloße Billigkeit worauf verſchiedene Rechtslehrer die Ausdehnung der in cit. L. 86. ertheilten Wiedereinſetzung in vorigen Stand ſtellen dazu nicht hinreicht,

25 Als ſind wir des rechtlichen Dafürhaltens:

daß die in dem rechtlichen Gutachten enthaltene Meinung den Rechten nach gegründeter ſey und die in den Erinnerungen dagegen aufgeſtellten Zweifel ſelbige zu widerlegen nicht im Stande ſeyen. 1788.

Num. 128.

Num. 128.

RESPONSVM.

THEMA GENERALE.

De legitimatione ad teſtamentum patris inter liberos naturales priuilegiato modo conditum, atque de effectibus legitimationis per reſcriptum principis.

Argvmenta specialia.

Species facti. n. 1.
Quaeſtio prima. n. 2.

Rationes dubitandi.

Confeſſio patris in teſtamento plenam continet probationem legitimorum natalium. n. 3.

Legitimatio per reſcriptum principis ſecundum teſtamentum patris, deſiderat teſtamentum validum. n. 4. 7.

De iure patris inter liberos naturales priuilegiato modo teſtandi dubitatur. n. 5.

In teſtamento parentum inter liberos, liberi heredes ſcribi debent. n. 6.

Rationes decidendi.

Sola declaratio patris ſe naturales liberos ſibi legitimos eſſe velle, non ſufficit ad legitimationem. n. 8.

Probatio legitimorum natalium per confeſſionem patris in teſtamento longe differt a legitimatione. n. 9.

Declaratio talis vero ſufficit vt legitimatio per reſcriptum peti poſſit a principe. n. 10. 17.

Nec opus eſt vt in teſtamento ſolenni facta ſit. n. 11.

Diſpoſitio vtrum ſit heredis inſtitutio an legatum, magis ex materia quam ex verbis diiudicandum eſt. n. 12.

Ius patris inter liberos naturales priuilegiato modo teſtandi vindicatur. n. 13. 14. 15. 16.

Quaeſtionis deciſio. n. 18.
Quaeſtio ſecunda et tertia. n. 19.

Rationes dubitandi.

Mutatio nominis ex iuſta cauſſa fieri poteſt. n. 20.

Legitimatio accedente conſenſu aui et agnatorum fieri debet. n. 21.

Rationes decidendi.

Liberi naturales per legitimationem ipſo iure nomen paternum accipiunt. n. 22.

Iure communi conſenſus agnatorum in legitimationem non deſideratur. n. 23. 26.

Nec aui paterni, ſi pater non amplius in eius poteſtate eſt. n. 24.

Niſi ex reuerentia laudabili. n. 25.

Quaeſtionum deciſio. n. 26.
Quaeſtio quarta. n. 27.

Ratio dubitandi.

Differentia eſt inter effectus legitimationis per ſubſequens matrimonium et per reſcriptum principis. n. 28.

Rationes decidendi.

In genere iidem ſunt effectus legitimationis per reſcriptum ac legitimationis per ſubſequens matrimonium. n. 29.

In ſpecie eadem iura ſucceſſionis iis competunt ac legitime natis. n. 30. 33.
Exceptio eſt in ſucceſſione feudali. n. 31.
Iura eorum qui per oblationem curiae legitimati ſunt non ſunt extendenda. n. 32.
Quaeſtionis deciſio. n. 34.

Rechtsgutachten.

Als uns eine Geſchichts-Erzählung nebſt einer letzten Willens-Verordnung und einigen Fragen zugefertigt und darüber unſere in den Rechten gegründete Meinung erbeten iſt; demnach erkennen wir für Recht.

1 Hat Johann F. zu H. ein Sohn des daſigen Oberalten F. im ledigen Stande und ohne ein gewiſſes Geſchäft zu treiben lange Jahre und bis zum Jahr 1776 bey ſeinem Vater im Hauſe gelebt, und iſt daſelbſt mit einem jungen Mädchen A. E. S. die in ſeines Vaters Dienſten als Hausmädchen geſtanden in einen ſo vertrauten Umgang gekommen, daß er ſie unter vielen Verſprechungen zu ſeinem Willen verleitet, und daß ſie von ihm geſchwängert worden,

Als ſolches unerlaubte Verſtändniß deſſen unverheiratheter Schweſter, welche ihres Vaters Oeconomie geführt, nicht ganz verborgen geblieben, hat ſelbige um ſolches zu hindern, beſagtem Mädchen den Dienſt aufgekündigt und ſie zur gewöhnlichen Zeit entlaſſen,

Da ſie indeſſen ſich bereits ſchwanger befunden, hat der junge F. ſie bey einer Wehmutter in G. eingemiethet alles erforderliche zu ihrer Verpflegung und bevorſtehenden Niederkunft beſorgt, auch die von ihr gebohrne Tochter auf ſeinen Nahmen taufen laſſen, und dieſes Kind für das Seinige anerkannt nicht minder deſſen Mutter mit einer Summe von 600 Thlr. vergleichsweiſe abgefunden,

Hat jedoch derſelbe auch nach dieſem Vorfalle die Neigung zu dieſer Perſon beybehalten und da ihm der Aufenthalt in ſeines Vaters Hauſe darin hinderlich geſchienen hat er zu Beförderung ſeiner Abſichten eine eigene Oeconomie anzufangen ſich entſchloſſen, ſolches auch wirklich durch das Wegziehen aus des Vaters Hauſe und durch Beziehung und völlige Einrichtung eines eigenen Hauſes bewerkſtelligt und iſt er dazu von ſeinem Vater durch eine beträchtliche Mitgabe ordentlich ausgeſteuert worden, da ihm auch noch eine Erbſchaft einer andern verheirathet geweſenen Schweſter angefallen, ſo hat er ſeine eigene Oeconomie hinlänglich führen können, hat derſelbe ſich auſſerdem von der Stadt-Jurisdiction dadurch losgemacht, daß er ſich von dem Herzog zu N. einen Character als Hofrath ertheilen laſſen,

In dieſer neuen Lage hat derſelbe gedachte A. S. zu ſich genommen, jedoch um bey Lebzeiten ſeines Vaters ein demſelben unangenehmes Aufſehen zu vermeiden, ſie bloß in ſeinem Dienſte, Lohn und Koſt gehalten, und von ihr ſich die Verrichtungen einer Dienſtmagd leiſten laſſen, ohne ſie von einer andern Bedientin zu unterſcheiden,

Indeſſen hat er die vorige Vertraulichkeit mit ihr fortgeſetzt, und im Jahr 1778 im März und im Jahr 1779 im September mit ihr jedesmahl eine Tochter erzeugt, und

und ſie beydemahle das Wochenbette bey einer Wehmutter in der Stadt halten laſſen, jedoch anſtatt daß er das erſte Kind auf ſeinen Nahmen taufen laſſen, dieſen Kindern einen fremden Nahmen in der Taufe geben, auch einen fremden Nahmen des Vaters ſowohl als der Mutter dem Kirchenbuche einverleiben laſſen, und ſind nur allein die Nahmen der Gevattern beybehalten worden. Iſt dieſe Verbergung der wahren Nahmen in der Abſicht geſchehen um alles Aufſehen und alle ungleiche Reden zu verhüten und um zugleich abzuwenden, daß das Gerücht davon an ſeinen ſehr alten Vater ſo lange er leben würde, nicht gelangen möge, und hat er ſchon damahls den Entſchluß, dieſe Kinder entweder per ſubſequens matrimonium oder auf andere Weiſe zu legitimiren, verſchiedenen Perſonen zu erkennen gegeben;

Nicht lange nach der Geburt des jüngſten Kindes iſt Herr F. im Monath Dec. 1779 von dem Podagra befallen worden, und da dieſes zurückgetreten nach einigen Tagen mit Hinterlaſſung einer von ihm ſelbſt verfertigten und eigenhändig unterſchriebenen Dispoſition, wie es nach ſeinem Tode mit ſeinem Nachlaſſe gehalten werden ſolle unerwartet plötzlich geſtorben; In dieſer Dispoſition, bey welcher ſonſt keine Solennien beobachtet worden, hat der Erblaſſer zuvörderſt verſchiedene Vermächtniſſe, und unter andern ſeiner Schweſter A. R. 3000 Thlr. um bey der Erziehung ſeiner Kinder Beſtes zu beobachten, ferner Herrn Wilhelm H. als Executor ſeines letzten Willens, 1500 Thlr. desgleichen der A. E. S. 2000 Thlr. hinterlaſſen und darauf in Anſehung ſeiner Kinder folgendes verordnet:

> Vermache, nachdem dieſe vorhergehende Vermächtniſſe Begräbnißkoſten, und alle etwa noch vorhandene rechtmäßigen Schulden werden entrichtet ſeyn, das überbleibende ſowohl an Baarſchaften, Mobilien und Immobilien meinen geliebten Kindern, die ich hiemit für rechtmäßig erkläre, und annehme als meine Tochter J. S. gebohren den 10ten März 1778 Morgens 5 Uhr, getauft in der Kirche St. N. zu H. durch den Prediger H. und meine zweyte Tochter C. A. gebohren den 28ten Sept. 1779 Abends 11 Uhr in St. N. durch vorbenannten Prediger getauft. Im Fall dieſelben bey meinem Ableben noch minderjährig, ſo mögen die Gelder bey der hieſigen Cämmerey belegt und die Zinſen zu ihrer beyder Erziehung angewandt werden, die Mobilien können an einen ſichern Ort hingeſtellt werden, bis ſie davon Gebrauch zu machen im Stande ſind, welches der Herr Executor H. zu G. mit meiner Schweſter A. R. bey der Eintheilung unter beyden Kindern zu überlegen und zu verabreden hat,

Dieſem hat auch der Erblaſſer hinzugefügt, daß er ſeinem Executor die Macht ertheile, im Fall einer zur Aufrechthaltung ſeines letzten Willens nöthigen Gewalt, an ſeinen Herrn den er als ſeinen durchlauchtigſten Fürſten verehrt, ſich zu wenden, als welcher ſolches Teſtament beſtätigen werde,

Der in dieſer Dispoſition benannte Executor H. welcher von jeher ein genauer Freund ſowohl des Verſtorbenen als auch der ganzen Familie deſſelben geweſen, wünſcht

wünſcht nunmehr ſeinen ihm aufgetragenen Pflichten nach den ſtrengſten Geſetzen der Ehrlichkeit und Billigkeit nachzukommen, und will dabey verſichert ſeyn, daß er nichts vornehme, als was dem Rechte und der Billigkeit gemäß ſey, und dagegen alle unnöthige Händel und Weitläuftigkeiten vermeiden, zugleich aber doch nichts unterlaſſen was er zum Vortheil der unmündigen Kinder ſeines verſtorbenen rechtſchaffenen Freundes und zur Erfüllung der eigentlichen Abſicht deſſelben auszurichten vermag, und erwachſen daher folgende Fragen:

Erſte Frage:

2 Ob die in der Dispoſition enthaltene vom Vater erklärte legitimation hinlänglich ſey, um die darin benannten Kinder des verſtorbenen J. F. zu legitimiren, und ob ſolche eben ſo gültig ſey als wenn ſie per teſtamentum oder per reſcriptum principis geſchehen ſey?

3 Ob nun wohl 1) die von dem verſtorbenen J. F. in ſeiner Verordnung gemachte Verfügung, worin er ſeine beyden Töchter für rechtmäßig erklärt und annimmt, ſchon an und für ſich und ohne Beytritt eines hohen landesherrlichen Reſcripts zu deren legitimation für hinlänglich gehalten werden mögte, weil nach der

Nouell. 117. cap. 2.

es für einen vollen Beweis der ehelichen Geburt geachtet wird, wenn ein Vater das von ihm erzeugte Kind in ſeinem Teſtament für ſein Kind erklärt und ſolches auch von einigen Rechtslehrern für eine beſondere Art der legitimationis per nominationem filii angeſehen, und behauptet worden, quod ex hac appellatione fiat filius legitimus non ſecus, ac ſi cum eius matre nuptias contraxiſſet

Matth. Stephani in comment. ad Nouell. Nov. 117. n. 8. p. 602.
Cuiacius in expoſit. Nov. 117.

4 Hiernächſt wenn auch zu dieſer in der väterlichen Dispoſition enthaltenen Erklärung die legitimatio per reſcriptum principis hinzutreten ſollte dennoch bey der Frage ob dadurch eine vollkommene legitimation zu bewirken dieſe Bedenken erwachſen,

Daß 1) dieſe Dispoſition des J. F. weil ſolcher alle Feyerlichkeiten fehlen, für ein vollkommenes rechtbeſtändiges Teſtament nicht zu halten iſt, und gleichwohl bey der legitimatione per reſcriptum principis, die nach des Vaters Tode geſchieht ein väterliches Teſtament zum Grund liegen muß,

Nov. 74. c. 2.

5 Auch 2) gedachte Dispoſition nach dem Rechte eines Teſtaments der Eltern unter Kindern nicht zu betrachten ſeyn dürfte, indem viele Rechtslehrer der Meinung ſind, daß Väter unter ihren natürlichen Kindern auf eine privilegiirte Weiſe und ohne alle Sollennien zu disponiren deshalb für berechtigt nicht zu halten, weil theils ſolches Vorrecht der Eltern unter ihren Kindern, als unter ihren ungezweifelten Erben, zu teſtiren ſtreng zu erklären, und deshalb auf natürliche Kinder weil ſie die Rechte der

un-

ungezweifelten Erben nicht haben, nicht auszudehnen ſey, theils auch die Rechte eines Vaters im Rechtsverſtande nur demjenigen beyzulegen, welcher durch die Ehe dazu ſich qualiſiciren kann

Hart. Piſtor lib. 1. qu. 1. n. 19.
Gail lib. 2. obſ. 112. n. 18.
Coccei in iur. controv. lib. 29. tit. 1. qu. 8.

Solchem 3) im gegenwärtigen Falle hinzutritt, daß der Erblaſſer in gedachter Dispoſition, ſeinen beyden Töchtern ſein hinterbleibendes Vermögen, nur als ein Vermächtniß hinterlaſſen, ſie aber zu ſeinen Erben ausdrücklich nicht eingeſetzt, wie ſonſt in einem Teſtamente der Eltern zwiſchen ihren Kindern erfordert wird, 6

Nov. 107. c. 1.

Gleichwohl ſo fern 4) bey einer nach des Vaters Abſterben zu ſuchenden Legitimation ein rechtsbeſtändiges Teſtament worin er ſeine Kinder für rechtmäßig erklärt, nicht zum Grund gelegt werden kann, ſolche nur die Rechte einer minder vollkommenen und die Familien-Rechte nicht ertheilenden Legitimation zu wirken vermag; 7

D. a. u. d. I) die vorgedachte Dispoſition worin der Erblaſſer ſeine beyden Töchter für rechtmäßige Kinder erklärt, für ſich allein betrachtet zu deren Legitimation nicht hinlänglich iſt, 8

weil 1) die gemeinen Rechte auſſer ſolcher väterlichen Erklärung auch die darauf erfolgte Legitimation per reſcriptum principis erfordern, und deshalb verordnen vt pater ſcripſerit teſtamento, velle ſibi eos legitimos eſſe ſucceſſores, et filii poſt mortem patris ſupplicauerint apud principem

Nouell. 74. c. 2.
Nov. 89. c. 10.

auch in ſolcher Rückſicht die Geſetze beſagte Legitimation ein donum patris et principis benennen,

Nov. cit. l. c.

Ein anderes auch 2) aus der vorangezogenen 9

Nov. 117. c. 2.

nicht hergeleitet werden kann, inmaßen die ſola nominatio liberorum in teſtamento vel alio inſtrumento publico facta nicht als eine Gattung der Legitimation ſondern bloß als ein Mittel des Beweiſes angeführt iſt, damit in dem Falle daß die Ehe des Vaters mit ſeiner nachgelaſſenen Ehefrau nach ſeinem Tode in Streit gezogen werden und auch die eheliche Geburt der Kinder bezweifelt würde, die Kinder daraus, daß ihr Vater ſie für ſeine leiblichen Kinder erklärt und benannt hat den Beweis ſowohl der wirklichen Ehe, mit ihrer Mutter, als auch ihrer ehelichen Geburt führen können, welche probatio legitimorum natalium von der Legitimation weſentlich unterſchieden iſt

Hu-

Huber in Praeleſt. ad Inſtit. lib. 1. tit. 10. §. vlt.
Ge. Iordens de legitimatione cap. 5. in *Fellembergii* iurisprudentia antiqua. Tom. II. p. 353.
Lauterbach in coll. theor. pract. lib. 1. tit. 6. §. 17.

10 Dahingegen II) die in vorgedachter Diſpoſition des J. F. enthaltene Erklärung ſo beſchaffen iſt, daß die darauf zu ſüchende legitimatio per reſcriptum principis die Kraft und Wirkung einer vollkommenen Legitimation erlangen mag,

Inmaßen 1) die Verordnung des natürlichen Vaters, daß er ſeine geliebten Kinder hiemit für rechtmäßig erkenne und aufnehme, derjenigen Erklärung gleichförmig iſt, welche die

Nov. 74. c. 2.

bey dem patre naturali erfordert, velle ſe filios naturales ſibi eſſe legitimos filios et ſucceſſores

11 Hiernächſt wenn gleich 2) gedachte letzte Willens-Verordnung die Eigenſchaft eines feyerlichen Teſtaments nicht hat, dennoch auch zu einer ſolchen väterlichen Erklärung ein teſtamentum ſolenne in der

Nov. 74. c. 2. und Nov. 59. c. 10.

nicht erfordert, ſondern daß ſolche bloß in einem Teſtamente geſchehen ſey, geordnet iſt,

12 Und dann 3) die letzte Willens-Verordnung, als welche der Erblaſſer ſchon in der darüber geſetzten Rubrik nach dem Recht eines Teſtaments beurtheilt wiſſen wollen, die Eigenſchaft eines väterlichen Teſtaments unter ſeinen natürlichen und von ihm für rechtmäſſig erklärten Kindern hat, indem ſolche der Erblaſſer ſelbſt verfertigt, eigenhändig unterſchrieben und unterſiegelt und darin ſeine beyden Töchter mit ſeinem ganzen Nachlaß an den nach Abzug ſeiner Vermächtniſſe und Schulden übrig bleibenden Baarſchaften, Mobilien und Immobilien bedacht und ſolchergeſtalt zu Erben eingeſetzt hat, wohlerwogen der Ausdruck vermachen, wenn deſſen Gegenſtand eine geſammte Verlaſſenſchaft iſt ſowohl nach der im gemeinen Leben üblichen weitläuftigen Bedeutung als auch im Rechtsverſtande die Erbes-Einſetzung bezeichnet

L. 15. C. de teſtament.

und ſolcher Ausdruck jedesmahl nach dem Gegenſtande bey welchem er gebraucht wird zu erklären iſt,

Stryk vſus mod. lib. 30. tit. 1. §. 4.
Beſoldus in theſ. pract. p. 958.

13 Gleichwohl 4) ein priuilegiato modo errichtetes Teſtament des Vaters auch unter ſeinen natürlichen Kindern nach den Gründen des gemeinen Rechts für rechtsbeſtändig zu halten,

Wohlerwogen a) die Rechte allgemein den Satz feſtſtellen oportere morientium voluntates quando ſunt parentes omnibus modis inter filios tenere

Nov. 107. in praef.

und

und daraus abzunehmen, daß der Grund dieſer rechtlichen Befugniß der Eltern unter ihren Kindern zu verordnen, in der Ehrerbietung und Achtung mit welcher Kinder auch den letzten Willen ihrer Eltern anzuerkennen pflichtig ſind, enthalten ſey

Stryk de caut. teſtam. cap. X. §. 1.

eben deshalb aber ſolche Befugniß allen Eltern ohne Unterſchied des Geſchlechts und der Grade ertheilt iſt

Wohlfolglich 6) daſſelbe Recht auch den natürlichen Eltern gebührt, da ſowohl 14
die Verordnung der Rechte den Worten nach ohne einige Einſchränkung auf alle Eltern geht, als auch der Grund dieſer Verordnung bey natürlichen Eltern ſeine völlige Anwendung findet, da die Rechte ſelbſt erkennen, quod vna omnibus parentibus, etiam naturalibus ſeruanda ſit reuerentia

L. 6. D. de in ius vocando.

In ſolchem Betracht c) keine ausdehnende ſondern eine auf den Worten und auf 15
den Gründen der Rechte beruhende Auslegung eintritt, wenn Rechtslehrer behaupten quod pater etiam inter naturales liberos priuilegiato modo ſine omni ſolennitate teſtari poſſit

Carpzov in iurispr. for. P. III. conſt. 4. def. 24.
Lauterbach in coll. theor. pract. lib. 29. tit. 1. §. 28.
Meuius in comm. ad ius Lubec. P. II. tit. 1. art. 2. n. 29.
Menken in ſynt. iur. ciu. lib. XXIX. tit. 1. §. 8.

Zumahl wenn, wie in dem gegenwärtigen Falle, der Teſtator keine eheliche Kinder, ſondern allein natürliche Kinder hinterlaſſen hat,

Stryk de Caut. teſt. cap. 10. §. 5.

Dahingegen d) die Gründe woraus einige Rechtslehrer bey dieſem durch die 16
Geſetze nicht ausdrücklich beſtimmten Falle das Gegentheil behaupten, für erheblich nicht zu achten, da eines Theils der Grund des Vorrechts der Eltern unter ihren Kindern ohne Feyerlichkeiten teſtiren zu können darin nicht enthalten ſeyn kann, daß ihre Kinder als ungezweifelte Erben anzuſehen ſind, weil es dergleichen ungezweifelter und nothwendiger Erben mehrere gibt, unter welchen gleichwohl ein Erblaſſer auf eine privilegiirte Art nicht teſtiren kann, vielmehr ſolches Vorrecht der Eltern bloß in dem Verhältniſſe worin Kinder gegen ihre Eltern ex nexu reuerentiae ſtehen, gegründet iſt, andern Theils gedachtes Vorrecht nicht bloß einem Vater ſondern überhaupt den Eltern gegeben iſt, folglich hiebey der Fall nicht vorkommt wo von einem beſondern Rechte des im ſtrengen Verſtande genommenen Vaters, ſondern von dem Rechte der Eltern die Frage erwächſt, dritten Theils ein teſtamentum parentum inter liberos nur in Anſehung der extraneorum unverbindlich iſt, gleichwohl die natürlichen Kinder in Anſehung ihres Vaters welcher ſie für ſeine Kinder erkennt und erklärt, unter die extraneos nicht mehr gerechnet werden können; vielmehr ſelbige von Juſtinian in der

Nouell. 89. cap. 12. §. 2.

in den Worten neque quod agere licet in extraneis; hoc in propriis filiis naturalibus homines agere prohibeamus den extraneis entgegengeſezt werden,

Dieſem allem e) hinzutritt, daß der Teſtator ſeine lezte Willens-Verordnung unter ſeinen natürlichen und von ihm für rechtmäſſig erklärten Töchtern errichtet hat, welche in Rückſicht auf ihn, für rechtmäßige Kinder zu achten, weil er das ius legitimorum liberorum, ſo weit es von ihm abhängt, und als ein donum patris in der

Nouell. 74. c. 2.

angeſehen wird ihnen mitgetheilt hat, folglich gedachte Willens-Verordnung als ein teſtamentum inter liberos reſpectu patris legitimos anzuſehen, und deſſen Beſtand um deſto weniger zu bezweifeln iſt,

Stryk de caut. teſtam. cap. 10. §. 5.

17 Solchemnach 5) zur Legitimation der beyden im väterlichen Teſtament für rechtmäſſig anerkannten Töchter nur noch die rechtliche Form hinzutreten muß und nach Vorſchrift der

Nov. 74. c. 2. und Nov. 89. c. 10.

um die nach Maaßgebung der väterlichen lezten Willens-Verordnung unter landesherrlicher Auctorität zu ertheilende Legitimation per reſcriptum nachzuſuchen nöthig iſt:

Als halten wir den Rechten nach dafür:

18 Daß zwar 1) die in der väterlichen lezten Willens-Verordnung enthaltene Anerkennung der darin benannten und für rechtmäßig erklärten Kinder für ſich allein betrachtet, zu deren Legitimation nicht hinlänglich ſey, noch auch eine gleiche Kraft mit der per reſcriptum principis zu erlangenden Legitimation habe,

hingegen daß 2) wenn zufolge dieſer im väterlichen Teſtamente ertheilten Erklärung, um die unter landesherrlicher Auctorität zu verfügende Legitimation der benannten Kinder nachgeſucht werde, die alsdann erlangte Legitimation die Eigenſchaft und Rechte einer vollkommenen legitimationis per reſcriptum principis gewinne.

Zweyte und dritte Frage.

19 Ob dieſer im Teſtament enthaltenen Erklärung zu Folge, die Kinder den Nahmen ihres Vaters führen und annehmen können, und ſolcher in den Kirchenbüchern nebſt dem wahren Nahmen der Mutter abgeändert werden müſſe?

Oder ob vorher um die legitimatio per reſcriptum und um die Erlaubniß zur Führung des väterlichen Nahmens nachgeſucht werden müſſe und ſolches ohne Adcitation und Conſens des Vaters des verſtorbenen oder der nächſten Verwandten impetrirt werden könne?

20 Ob nun zwar 1) die Veränderung des Nahmens oder Zunahmens nach gemeinen Rechten aus erheblichen Urſachen zuläſſig iſt

L. vn. C. de mutatione nominis.

und

und daher die natürlichen Kinder nachdem ihr Vater ſie für ſeine rechtmäſſigen Kinder erkannt deſſen Nahmen zu führen und anzunehmen für berechtigt gehalten werden möchten,

Auf der andern Seite hingegen 2) zu der per reſcriptum principis zu ſuchenden 21
legitimation der unehelichen Kinder des J. F. die Einwilligung der Familien-Mitglieder insonderheit des noch lebenden Vaters des Verſtorbenen und deſſen nächſter Agnaten erforderlich zu seyn ſcheint, weil ſie dabey wer in ihrer Familie die Rechte eines Familien-Mitglieds und die Erbfolge in derſelben genieſſen ſolle, intereſſirt ſind, wie denn einige Rechtslehrer der Meinung ſind quod ſi legitimandus etiam agnatis per patrem iunctis ſuccedere geſtiat, horum conſenſu legitimatio peragenda ſit

Voetius ad Pand. lib. 25. tit. 7. n. 15.
Forſter de ſucceſſ. lib. 6. c. 37. n. 36.

D. a. u. d. 1) die bey der vorigen Frage angeführten Gründe ergeben, daß die 22
in dem väterlichen Teſtament enthaltene Erklärung an und für ſich keine legitimation enthalte, hiernächſt die Führung und Benennung eines Familien-Nahmens in Anſehung deſſen, daß ſolcher den öffentlichen Character derer die zu einer Familie gehören, bezeichnet, einem Dritten der noch kein Mitglied der Familie iſt, nicht frey ſtehen mag und daher obgedachte väterliche Erklärung für ſich allein nicht dazu hinlänglich iſt, daß die beyden natürlichen Kinder den Nahmen ihres Vaters führen und annehmen können; dahingegen ſo bald ſie zu Folge und auf dem Grunde beſagter väterlichen Erklärung die legitimationem per reſcriptum principis erlangt haben, für des Verſtorbenen rechtmäſſige Kinder zu halten und zur Führung des väterlichen Nahmens ipſo iure berechtigt ſind, ihnen auch alsdann frey und unbenommen bleibt in den Kirchenbüchern nicht ſowohl eine Abänderung, als vielmehr eine beyzufügende Anmerkung von der erfolgten legitimation, nicht minder von dem wahren Nahmen ihrer Mutter und von dem von ihnen angenommenen Nahmen zu veranlaſſen

Im übrigen II) zu ſolcher legitimatione per reſcriptum principis die Einwilligung 23
des noch lebenden Vaters und der Agnaten des Verſtorbenen den gemeinen Rechten nach für nothwendig nicht zu halten,

Inmaßen 1) gedachte legitimation in Anſehung ihres Rechtsbeſtandes auf der im Teſtament enthaltenen väterlichen Geſinnung und Erklärung und der darauf unter landesherrlicher Auctorität erfolgten Beſtätigung allein beruht, und in ſolchem Betracht ein donum patris et principis in den Geſetzen ſelbſt genannt

Nov. 74. c. 2. Nov. 89. c. 10.

die Einwilligung der Agnaten aber zu ſelbiger nirgend erfordert wird,

Auch 2) eben dieſer Rechtsgrund in Anſehung der Einwilligung des Vaters des 24
Verſtorbenen eintritt, weil dieſer unter der väterlichen Gewalt ſeines Vaters nicht mehr geſtanden, ſondern bereits einige Jahre vom väterlichen Hauſe ſich abgeſondert, und eine eigene Haushaltung unter Bewilligung ſowohl als Beförderung ſeines Vaters,

ters, der ihn dazu reichlich ausgeſteuert, angetreten, mithin durch ſolche angeſtellte oeconomiam ſeparatam nach hergebrachten Teutſchen Rechten die Befreyung von der väterlichen Gewalt erlangt

Boehmer de ſtatu liberorum ſui iuris factorum per nupt. et ſeparat. oecon. §. 24.
Pufendorf obſ. iur. vniv. tom. I. obſ. 99.
Stryk in vſu mod. lib. 1. tit. 7. §. 18. 19. 20.

Und ſo wenig 3) der verſtorbene Hofrath F. da er kein Hausſohn mehr geweſen, nach gemeinen Rechten zu der vorgehabten legitimatione per ſubſequens matrimonium den väterlichen Conſens oder die Einwilligung ſeiner Agnaten nöthig gehabt haben würde,

Eben ſo wenig ſolche zu der in Frage ſtehenden legitimation als nothwendig erfordert wird, non enim de neceſſitate agnatorum conſenſus requiritur ad legitimationem ſicut iſte nec in adoptione

L. 7. D. de adopt.
Schweder de iure liberorum inſcio et non conſentiente patre legitimatorum §. 19.

25 Jedennoch dabey 4) der Achtung gegen den noch lebenden Vater des verſtorbenen Teſtators für angemeſſen zu halten, daß deſſen Einwilligung zur förmlichen legitimation der von ſeinem Sohn für rechtmäſſig anerkannten Kinder und ſeiner natürlichen Enkel von Seiten des executoris teſtamenti nachgeſucht werde,

26 Im übrigen 5) die vorangeführten Zweifel daher ſich erledigen, weil nicht von einer von den Kindern einſeitig geſuchten, ſondern von der, zu Folge des väterlichen Teſtaments zu erhaltenden legitimatione per reſcriptum principis, die Frage iſt, welche als eine legitimatio perfecta aus geſetzlicher Verordnung das Recht der ehelichen Geburt und mittelſt dieſer die Rechte in der Familie und die Succeſſions-Rechte wirkt

Und was 6)

Voetius l. c.

von der Einwilligung der Agnaten bemerkt, ſolches von ihm auf die Verordnungen der Niederländiſchen Rechte gegründet iſt, wozu in den gemeinen Rechten kein Grund vorhanden,

Als ſind wir der rechtlichen Meinung:

27 Daß 1) die in dem obgedachten Teſtament enthaltene Erklärung für ſich allein nicht hinlänglich ſey, daß die beyden natürlichen Kinder den Nahmen ihres Vaters führen und annehmen können, daß ſie hingegen dazu mittelſt der durch das väterliche Teſtament zu erlangenden legitimation berechtigt werden,

Uebrigens 2) zu ſolcher zu ſuchenden legitimation der Einwilligung des Vaters des verſtorbenen Erblaſſers oder deſſen Agnaten nicht nothwendig iſt.

Vier-

Vierte Frage:

Ob dieſe Legitimation, vel cum vel ſine reſcripto principis facta eben denſelben Effect habe, als die legitimatio per ſubſequens matrimonium und zwar ob in Anſehung des gegenwärtigen Falls dieſe Kinder hiernächſt bey dem Abſterben ihres Großvaters in die Stelle ihres verſtorbenen Vaters treten, und deſſen Antheil mit erben oder nicht? und wie weit ſich überhaupt das ius repraeſentationis oder eigentlich das ius ſuccedendi dieſer Kinder bey andern Erbfällen erſtrecke? 28

Wiewohl nun unter beyden Arten der Legitimation nemlich unter derjenigen Art die per ſubſequens matrimonium und per reſcriptum principis ad preces patris erfolgt iſt, in einigen Fällen ein Unterſchied obwaltet und ſolcher auch in Anſehung der Succeſſions-Rechte in dem Maaſſe eintreten möchte, daß den per reſcriptum legitimatis die Succeſſion bloß allein in dem Vermögen des natürlichen Vaters nicht aber in dem Vermögen der Aſcendenten und Seitenverwandten einzuräumen, indem dieſes bey der legitimatione per oblationem curiae in 29

L. 9. C. de natural. lib.
Nov. 89. c. 4.

ſolchergeſtalt ausdrücklich verordnet iſt und daher auch auf legitimationem per reſcriptum principis anzuwenden ſeyn dürfte;

D. a. u. D. I) Der erſte Punct dieſer Frage welcher die vermeintliche aus dem väterlichen Teſtament hergeleitete Legitimation betrift, aus der Beurtheilung der erſten Frage ſich dahin von ſelbſt erledigt, daß zwar die natürlichen Kinder ihrem Vater aus dem unter ihnen errichteten Teſtamente ſuccediren können, der übrigen Familien- und Succeſſions-Rechte aber für theilhaftig nicht zu halten, 30

Dahingegen II) ſo viel die zu Folge des väterlichen Teſtaments zu ſuchende legitimationem per reſcriptum principis anlangt ſolche mit der legitimatione per ſubſequens matrimonium überhaupt und ſo lange kein beſonderer Grund des Unterſchieds eintritt, gleiche Kraft und Wirkung hat,

Indem durch dieſelbe 1) das ius legitimorum liberorum den natürlichen Kindern in dem Maaſſe verliehen wird, daß ſie von ehelichen nicht unterſchieden ſeyn ſollen und dahin die Worte der

Nov. 89. c. 9. §. 1.

quia vult naturales ſuos filios reſtituere naturae et antiquae ingenuitati et iuri legitimo, vt ſub poteſtate eius conſiſtant nihil a legitimis filiis differentes gerichtet ſind,

Insbeſondere aber 2) durch ſelbige das volle Succeſſions-Recht gegeben wird, indem die per reſcriptum legitimirten den ehelichen Kindern gleich gemacht und ihnen eben das Erbfolge-Recht, deſſen eheliche Kinder genieſſen, beygelegt worden, als wohin ſowohl die Worte der

N. 89. c. 8. in pr.

gehen, ſemel eos efficientes legitimos damus, habere etiam ſucceſſiones illas, quas habent ii qui ab initio legitimi ſunt als auch ein gleiches die Verordnung der gedachten

Nov. 89. c. 11. in f.

beſagt, wo ſo wohl von den durch die erfolgte Ehe als von den durch ein kaiſerliches Reſcript auf Anſuchen des Vaters legitimirten Kindern folgendes verordnet iſt nihil de ſucceſſione ſuper talibus eſt dicendum nam ſicut in ceteris ab initio legitimis oportet etiam in his fieri ſucceſſiones,

Solchemnach 3) den durch ein Reſcript auf väterliches Verlangen legitimirten Kindern die ſucceſſio ab inteſtato bey Erbfällen der Aſcendenten ſowohl als der Seitenverwandten nach dem Rechte ehelicher Kinder zuſteht, ſo wie ſolches den durch erfolgte Ehe legitimirten Kindern in

L. 10. C. de natural. lib.
Nov. 12. c. 4.

ausdrücklich beygelegt worden, inter legitimationem enim per ſubſequens matrimonium et per reſcriptum principis nulla eſt differentia circa ius ſucceſſionis, quod aequale eſt vtroque modo legitimatis

Mevius P. IX. dec. 125. n. 1.
Carpzov P. III. C. 6. def. 16.

31 Hingegen 4) unter beyden Arten der Legitimation in Rückſicht auf die Succeſſion kein anderer Unterſchied eintritt, als welchen die beſondere Art und Eigenſchaft gewiſſer Güter, worunter Lehngüter gehören, mit ſich bringt

Schweder l. c. §. 20.

32 Auch 5) der hierwieder vorhin aus dem

L. 9. C. de natur. lib.

angebrachte Zweifel deshalb in keinen Betracht kommt, weil gedachte Verordnung von den legitimatis per oblationem curiae handelt deren Succeſſions-Recht auf die väterliche Verlaſſenſchaft eingeſchränkt iſt, dahingegen den übrigen legitimirten Kindern völlige Succeſſions-Rechte beygelegt worden, und von dem beſondern Rechte ſo bey jenen ſtatt findet, auf dieſe keine Folge gezogen werden kann;

33 Und dann III) die angeführten Rechte im gegenwärtigen Falle ihre völlige Anwendung gewinnen da die benannten Kinder wenn ſie zu Folge der väterlichen letzten Willens-Verordnung die legitimationem per reſcriptum erlangen, für vollkommen legitimirte Kinder anzuſehen und die Rechte der ſucceſſionis ab inteſtato auf gleiche Weiſe wie eheliche Kinder gewinnen, folglich ſo fern von der ſucceſſione ab inteſtato die Frage iſt, ſowohl ihren Großvater unter Einwerfung deſſen ſo ihr Vater zur Ausſteuer erhalten zu ſuccediren berechtigt ſind, als auch in den übrigen Erbfällen in der Familie nach der ab inteſtato eintretenden Succeſſions-Ordnung das Erbfolge-Recht zu genieſſen haben;

Als

Als halten wir ſolchem allem nach dafür:

daß zwar 1) die bloß im väterlichen Teſtament enthaltene Erklärung wodurch 34 die benannten Kinder für rechtmäſſig anerkannt werden, die rechtliche Wirkung der Legitimation nicht habe, hingegen wenn 2) ſolcher zu Folge die legitimatio per reſcriptum principis für gedachte Kinder erlangt wird, ſolche gleiche Wirkung mit der legitimatione per ſubſequens matrimonium gewinnt und in Anſehung der ſucceſſionis ab inteſtato im Allodial-Vermögen zwiſchen dieſer und jener kein rechtlicher Unterſchied obwaltet, mithin gedachte Kinder das Succeſſions-Recht ab inteſtato ſowohl in ihres Großvaters Vermögen als auch in andern Erbfällen nach der rechtlichen Succeſſions-Ordnung ab inteſtato erhalten. 1780.

Num. 129.

RESPONSVM.

THEMA GENERALE.

De iure heredis fiduciarii de bonis, ſub ea lege relictis vt quidquid de iis ſuperfuerit reſtituatur, vsque ad quadrantem diſponendi.

ARGVMENTA SPECIALIA.

Species facti. n. 1.

Quaeſtio. n. 2.

Rationes dubitandi.

Heres cui bona ſub ea lege relicta ſunt, vt quidquid de iis ſuperfuerit reſtituat, non niſi bona fide de iis diſponere poteſt. n. 3. 4.

Per contractum vitalitium bona in caſum mortis alienantur. n. 5.

Rationes decidendi.

Iure nouo heres fiduciarius vsque ad quadrantem de fideicommiſſo eius quod ſuperfuturum erit libere diſponere poteſt. n. 6. 7.

Contractus vitalitius eſt negotium inter viuos. n. 8.

Doloſe non agit, qui lege permittente agit. n. 9.

Secundum leges non ſecundum opiniones iudicandum eſt. n. 10.

Quaeſtionis deciſio. n. 11.

Rechtsgutachten.

Als uns eine Geſchichts-Erzählung nebſt einer Frage zu Ertheilung unſeres Gutachtens darüber zugefertigt worden demnach erkennen wir für Recht:

1 Hat M. K. in ſeinem Teſtamente ſeine Ehefrau Maria, dafern ſie unverheirathet bleiben würde, zur Erbin ſeines ſämmtlichen Vermögens eingeſezt, und dabey zugleich verordnet, daß nach Ableben ſeine Schweſter und Brüder dasjenige was gedachte ſeine Ehefrau von ſolchem ihr verlaſſenen Vermögen nachlaſſen würde, erben ſollten,

Wegen des in dieſer Dispoſition enthaltenen Fideicommiſſes de eo quod mortis tempore ſuperfuerit hat die Wittwe der Schweſter und dem Bruder ihres Mannes für den vierten Theil dieſes Nachlaſſes nach deſſen vorgängiger eidlichen Specification Caution beſtellen müſſen, und entſteht hiebey die Frage

2 Ob ſie nicht freye Macht habe über die ihr ſolchergeſtalt frey gebliebenen drey Theile worüber ſie mortis cauſa zu disponiren nicht befugt iſt, mit ihren Verwandten einen contractum vitalitium einzugehen, und dieſen ſolcherhalb nach ih-

ihrem Tode von ihres Mannes Verwandten kein animus interuertendi mit Grund Rechtes entgegen geſetzt werden könne?

3 Ob nun wohl 1) der contractus vitalitius den die Wittwe einzugehen geſonnen von der Beſchaffenheit iſt, daß dadurch die Abſicht zu erkennen gegeben wird, die drey Theile des von ihrem Ehemann ihr hinterlaſſenen Vermögens, worüber ſie ſonſt zu ihrem eigenen Nutzen ordnen mag, der Schweſter und dem Bruder ihres Mannes zu entziehen, und dieſes der Fall iſt, in welchem die Veräuſſerung der drey Viertel der Fideicommiß-Güter bey dem fideicommiſſo de eo quod ex hereditate mortis tempore ſuperfuerit in

L. 54. D. ad SC. Trebell.

deshalb eingeſchränkt iſt, weil zur Dispoſition über dieſe Theile bona fides erfordert werde,

Und wenn gleich 2) den mit dem Fideicommiß beſchwerten Erben in der 4

Nov. 108. c. 1.

eine freyere Dispoſition über drey Theile der mit einem ſolchen Fideicommiß belegten Güter, zugebilligt iſt, dennoch verſchiedene Rechtslehrer dieſes aus der vorangeführten L. 54. auf eine ſolche Dispoſition einſchränken, in qua dolus et animus interuertendi non apparet

Brunnemann ad Auth. Contra C. ad SC. Trebellianum n. 10.

Fuſarius de fideic. qu. 545. n. 1.

auch

Voetius in comment. ad pand. Lib. 36. tit. 1. n. 54.

deshalb auf den Gerichtsbrauch in Anſehung dieſer Einſchränkung ſich bezieht,

Daneben 3) im gegenwärtigen Falle noch dieſes in Betracht kommt, daß die Wittwe durch den Leibrenten-Contract die drey Theile des Fideicommiſſes auf ihre eigene Verwandten zu bringen ſucht, und in Anſehung deſſen daß ſie darüber zum Vortheil ihrer Verwandten nicht teſtiren kann ſie auch zu einer ſolchen Art der Dispoſition nicht berechtigt zu ſeyn ſcheint 5

Solchem allem nach dieſe Art der Verordnung nach ihrem Abſterben einer ſcheinbaren Anfechtung ausgeſetzt ſeyn dürfte,

D. a. u. d. in dem neuern Römiſchen Rechte die Befugniß über dergleichen Fideicommiſſe zu disponiren in der 6

Nov. 108.

und in der daraus gezogenen

Auth. Contra C. ad SC. Trebell.

in dem Maaſſe beſtimmt iſt, daß nur der vierte Theil dieſes Fideicommiſſes unter dem Verbote der Veräuſſerung verbleiben ſolle, und daher dasjenige was in

L. 54. D. ad SC. Trebell.

verſehen iſt, auf dieſen vierten Theil eingeſchränkt worden, hingegen was die übrigen drey Theile des Fideicommiß-Vermögens betrift, darüber dem damit beſchwerten Erben die freye Macht bey ſeinem Leben zu ordnen zugeſtanden iſt, und ſolches die Worte reliquis omnibus in poteſtate eius manentibus adeo vt illi arbitratu ſuo iſtis vti liceat, quemadmodum veris dominis conuenit deutlich ergeben,

7 Dieſerhalb 2) die Wittwe über die drey Theile des nachgelaſſenen Vermögens ihres Mannes bey ihrem Leben nach freyer Hand zu disponiren für befugt zu halten, ſo wie ſie deshalb auch nur über den vierten Theil dieſes Vermögens die Caution beſtellt hat, auf welchen die in der

Nov. 108. c. 1.

enthaltene neue Verordnung nur allein anwendbar iſt,

8 Gleichwohl 3) der Leibrenten-Contract ein wahrer contractus inter viuos iſt, welcher noch mehr als eine Schenkung begünſtigt iſt, weil er zu Erlangung einer auf Lebenszeit bedungenen Rente und daher alimentorum cauſa eingegangen wird, auch dabey nicht entgegenſteht, daß das Vermögen ſelbſt dadurch bey Lebzeiten des Erben veräuſſert und den Contrahenten zu vollem Eigenthum überlaſſen wird, weil ſolches aus der Natur des dem Erben über die drey Theile des Vermögens zugeſtandenen freyen Dispoſitions-Rechtes folgt

9 Dieſerhalb auch 4) die etwa der Wittwe beyzumeſſende Abſicht, daß ſie von dieſen drey Theilen den Geſchwiſtern ihres Mannes nichts hinterlaſſen wolle, als eine zuläſſige Abſicht anzuſehen und keinen dolum enthält, weil ſie durch die neuern Verordnungen der gemeinen Rechte dazu berechtigt iſt, nemo vero in dolo eſt qui iure ſuo et lege permittente facit,

L. 55. D. de reg. iur.

ſiquidem teſtator non hereditatem; ſed quod mortis tempore reliquum in bonis eſſet reſtituere rogauit adeoque heredis liberrimum vſum non excluſit,

Pufendorf tom. II. obſ. 87. §. 1.

10 Hiebey auch 5) auf die verſchiedenenen Meinungen der Rechtslehrer nach Vorſchrift der

Oberappell. Ger. Ord. P. 2. tit. 12. §. 12.

es nicht, ſondern bloß auf die Verordnung der gemeinen Rechte ankommen kann, und ſelbſt

Voetius l. c. n. 54.

die klare Verordnung der Römiſchen Rechte anerkennt und nur von dem in Holland dagegen eingeführten Gerichtsgebrauche handelt, ſolchemnach nach gemeinen Rechten mit Grund zu behaupten iſt, nullam diminutionem interuertendi fideicommiſſi cauſa factam videri, cum quadrans ſaluus eſſet

Pufendorf l. c. §. 1.

Strek-

Strecker de fideicommiſſo ſub clauſula quidquid poſt mortem ſuperfuerit relicto §. 16.

Als ſind wir der rechtlichen Meinung:

daß die Wittwe über drey Theile des ihr angefallenen Vermögens ihres Mannes einen contractum vitalitium mit ihren Verwandten einzugehen für befugt zu halten, und dieſen demnächſt die Einrede daß ſolches animo interuertendi geſchehen mit Beſtand Rechtes nicht werde entgegen geſetzt werden können. 1788.

Num. 130.

DECISIO.

THEMA GENERALE.

De potiore iure, ſimultanee inueſtitis natis, prae receptis, competente.

Argvmenta specialia.

Sententia. n. 1.

Rationes dubitandi.

Vbi ius Saxonicum receptum eſt etiam ius feudale Saxonicum valet. n. 2.

In ſucceſſione ex ſimultanea inueſtitura omnium ſimultanee inueſtitorum aequalis eſt conditio. n. 3.

Deſcendens primi acquirentis qui feudum in diviſione alteri aſſignauit, poſtea non amplius ex iure ſanguinis ſuccedere poteſt. n. 4.

Nec talis ſimultanee inueſtitus potiore iure gaudet prae ſimultanee inueſtitis receptis. n. 5.

Rationes decidendi.

Simultanea inueſtitura, quam in diuiſione feudi alter fratrum ſibi reſeruat, pro ſim. inv. iure proprio impetrata habenda eſt. n. 6.

Qui in ſimultaneam inueſtituram a primo acquirente recepti ſunt, ex alieno beneficio ſim. inv. acceperunt, iique non prius ac deficientibus deſcendentibus primi acquirentis ſuccedunt. n. 7. 16.

Regula, iura omnium ſimultanee inueſtitorum eſſe aequalia intuitu eorum tantum valet, qui alieno beneficio ſimult. inueſt. impetrarunt. n. 8.

A ſimultanea inueſtitura per ſe tantum ius ſuccedendi non vero ordo ſuccedendi pendet. n. 9.

Iuris feudalis communis in caſu obuio rationem eſſe habendam demonſtratur. n. 10.

Aequalis ſucceſſio ſimultanee inueſtitorum in Saxonia tantum moribus recepta eſt. n. 11. 14.

Frater vltimi vaſalli poſſeſſoris potiore iure itaque vtitur prae extraneis. n. 12.

Sub appellatione iuris Saxonici, non tam ſpeculum Saxonicum quam iura Saxonica non ſcripta intelliguntur. n. 13.

Simultanea inueſtitura in diuiſione reſeruata ius potius tribuit, etſi de eo expreſſe actum non ſit. n. 15.

Impenſae compenſantur. n. 17.

Urtheil.

Auf eingewandte Oberleuterung deren Proſecution und erfolgte Sätze in Sachen der Vormünder des minderjährigen D. v. R. auf T. des Amtshauptmanns E. von E. auf und zu K. und Conſorten, Kläger und Oberleuteranten an einem, wider den Cammerherrn H. v. S. Beklagten und Oberleuteraten am andern Theile, wird hiemit für Recht erkannt:

Nun-

Nunmehr aus den Acten und der Partheyen Einbringen ſo viel zu befinden, 1
daß ſo viel die Hauptſache betrift, es bey dem am 23. Jul. des Jahrs 1771 eröfnetem Urtheile nicht verbleibt, ſondern es iſt bey dem erſten am 23ten Febr. 1770 eröffnetem und nachher beſtätigtem Urtheile nochmahls billig zu laſſen. So viel hingegen die Koſten der Klage betrift, hat es bey obgedachtem leztern Urtheile billig ſein Bewenden und ſind dieſe gegen einander zu vergleichen und aufzuheben. V. R. w.

Zweifels- und Entſcheidungs-Gründe.

Obwohl das Urtheil wodurch Beklagter nur die Hälfte des Ritter-Lehnguts C. 2
abzutreten ſchuldig erkannt und wodurch die auf Abtretung des ganzen Guts gehenden frühern Urtheile abgeändert ſind, durch das vorige und lezte Urtheil beſtätigt worden und zu deſſen Rechtfertigung von dem Beklagten angeführt wird,

daß 1) bey Entſcheidung dieſer Lehns-Streitigkeiten das ſächſiſche Lehnrecht als ein in den gräflich Reußiſchen Landen in der Regel recipirtes Recht nur allein zum Grund zu legen ſey, wie dann dazu ſowohl aus der Lage der unterm ſächſiſchen Vicariat ſtehenden gräflichen Lande die Vermuthung obwalte, als auch ſolches daraus abzunehmen ſtehe, weil in den daſigen Gerichten überhaupt das ſächſiſche Recht, und wenn der Fall darin nicht verſehen, alsdann erſt das gemeine geſchriebene Kaiſerliche Recht von Alters her angenommen worden, wie davon die beygebrachten Extracte aus mehreren Abſchieden zeugen, auch daß die ſächſiſchen Rechte wie ſolche in Uebung ſind, nebſt den Conſtitutionen des Churfürſten Auguſts zu Sachſen, ſo fern dieſelben bisher als declarationes iuris Saxonici beliebt und bekannt gemacht ſind, vor dem gemeinen Kaiſerlichen Rechte beobachtet werden ſollen in den reſolutionibus grauaminum der Geraiſchen Ritterſchaft d. d. Gera den 31. Oct. 1655 verſehen iſt; gleichwohl unter der Benennung des ſächſiſchen Rechts in Betracht deſſen, daß der Sachſen-Spiegel ſowohl das ſächſiſche Landrecht als das Lehnrecht enthalte, auch das leztere als ein Theil oder als eine Gattung des ſächſiſchen Rechtes begriffen ſey und daraus gegen das, von dem in der Regel eintretenden Gebrauche der Kaiſerlichen Lehnrechte ertheilte Atteſtat, der Gräflich Reußiſchen geſammten Regierung erhebliche Zweifel angebracht worden,

Hiernächſt 2) im gegenwärtigen Falle da der lezte Vaſall ohne Deſcendenten ge- 2
ſtorben die aus ſächſiſchen und teutſchen Lehnrechten herrührende Mitbelehnſchaft von beyden Theilen zum Grund gelegt, indem die Lehnfolge in dem Ritter-Lehngute C. von Klägern aus der vorbehaltenen geſammten Hand und Mitbelehnſchaft, und von Beklagten gleichfalls aus der daran erhaltenen Mitbelehnſchaft hergeleitet, und dadurch daß das Recht zur Lehnfolge auf der geſammten Hand wie ſolches in

Iure feud. Sax. c. 5. 6. 20. 21.

verſehen iſt, gegründet ſey, auf eine thätige Weiſe anerkannt worden,

Gleichwohl 3) ſo viel die Succeſſions-Ordnung betrift, Beklagten dabey zu ſtatten kommen will, daß wir die Mitbelehnſchaft, ſo fern nicht aus Verträgen, Herkom-

men oder ſonſt ein anders erhellet allen Mitbelehnten an eben demſelben Lehen ein gleiches und gemeinſchaftliches Recht gibt, ſo auch alle Mitbelehnte ohne auf ein Vorrecht der Sippſchaft oder auf Nähe der Grade zu ſehen ein gleiches Erbfolge-Recht gewinnen,

Hart. Piſtor quaeſt. iur. lib. 2. qu. 21. n. 20. ſq.
Carpzov P. 3. C. 29. def. 8.
Struv in ſynt. iur. feud. c. 9. aph. 16.

dieſem zu Folge dem Pflegbefohlnen der Kläger, obgleich ſolcher des letzten Vaſallen leiblicher Bruder iſt, ein vorzügliches Lehnsfolge-Recht vor Beklagten nicht, ſondern vielmehr nur ein gleiches Recht aus der Mitbelehnſchaft zuzuſtehen ſcheint,

4 Hiebey auch 4) dem Pflegebefohlnen der Kläger daß er unter der erſten Belehnung ſeiner Mutter, als der erſten Lehns-Erwerberin mit begriffen geweſen, deshalb zum Vortheil nicht gereichen dürfte, weil er vermöge des mit ſeinem letztverſtorbenen Bruder V. von N. getroffenen und von Hochgräflicher Regierung und Lehns-Curie beſtätigten Vergleichs vom 30ten Sept. 1763 dieſem das Lehngut C. allein überlaſſen hat, hingegen ſein daran erlangtes Lehn wiederum aufgegeben, und daran nur die geſammte Hand und Mitbelehnſchaft ohne eines Vorrecht nach dem Rechte der Sippſchaft dabey zu gedenken, ſich vorbehalten hat, folglich er nunmehr als ein Deſcendent der erſten Lehns-Erwerberin und ex iure ſanguinis nicht weiter in ſothanes Lehn ſuccediren, ſondern ihm die Lehnsfolge einzig und allein aus dem Recht der Mitbelehnſchaft zuſtehen könne,

5 Endlich 5) unter bloß präſentirten und angenommenen Mitbelehnten und unter ſolchen welche bey Ueberlaſſung und Abtretung des Lehns die geſammte Hand und Mitbelehnſchaft ſich vorbehalten haben, ein Unterſchied in den Geſetzen nicht gemacht ſey, und daher auch die von dem Pflegbefohlnen der Kläger vorbehaltene geſammte Hand und Mitbelehnſchaft deshalb kein vorzügliches Recht haben dürfte, weil von dergleichen Vorzug weder in dem geſchloſſenen und confirmirten Vergleiche noch in dem Lehn-Protocolle, noch auch in dem Lehnſcheine eine ausdrückliche Reſervation zu finden, und daher auf dasjenige allein was in dem an den Advocaten der Kläger ausgeſtellten actorio davon bemerkt iſt, keine rechtliche Abſicht zu nehmen ſteht,

Solchemnach daß dem Beklagten ein gleichmäßiges Succeſſions-Recht in das Rittermann-Lehngut C. mit und neben der Kläger Pflegbefohlnen zuſtehe, mithin das vorige Urtheil lediglich zu beſtätigen geweſen, es das Anſehen gewinnen möchte;

6 D. a. u. d. 1) die von der Kläger Pflegbefohlnen an dem Rittermann-Lehngut C. vorbehaltene Mitbelehnſchaft, weil ſie auf das ihm angeerbte, und beym Abſterben ſeiner Mutter, der erſten Lehns-Erwerberin, ihm angefallene und zugeſtandene Lehnrecht gegründet iſt, eine ſimultaneam inueſtituram iure proprio impetratam enthält, inmaßen daß gedachtes Lehn nach Abſterben ſeiner Mutter auf ihn und auf ſeinen verſtorbenen Bruder V. von N. zugleich vererbt ſey beyde Brüder auch ſolches zugleich pro indiuiſo zu Lehn empfangen, aus dem Protocoll vom 9ten Nov. 1763 klar iſt,

Folg-

Folglich 2) nachdem der Kläger Pflegbefohlner gedachtes Lehn zu Gunſten ſeines Bruders des letzten Vaſallen zu folge des eingegangenen Vergleichs unter ausdrückli⸗cher Reſervation der geſammten Hand und Mitbelehnſchaft wieder aufgegeben, derſelbe durch dieſe Reſervation das vorzügliche Succeſſions⸗Recht, welches ihm als einem Deſcendenten der erſten Lehns⸗Erwerberin vor allen Mitbelehnten zugeſtanden, aufrecht erhalten, anerwogen dieſes nicht allein die Art und Eigenſchaft der Reſervation eines Rechts mit ſich bringt, cum reſeruationis ea ſit natura, quod ius competens ſaluum tectumque conſeruet

Meuius P. VIII. dec. 62. n. 2.

ſondern auch beſonders die Natur der vorbehaltenen und aus eigenem Rechte erhalte⸗nen Mitbelehnſchaft ſolches ergibt, indem das ius agnationis worauf dieſelbe gegrün⸗det iſt, und das davon abhängende Lehnfolge⸗Recht durch deren Reſervation conſervirt wird, ſimultanea videlicet inueſtitura, quae poſt diuiſionem feudi pluribus vaſalli deſcendentibus delati, iure proprio impetratur ad ius ſanguinis reſpectum habet, ideoque in ea praerogatiuae graduum ratio habetur

Io. Gottl. Siegel in principiis iuris feud. c. 13. §. 23.
Idem in diſſert. de inueſtitura ſimultanea ſine conſenſu vaſalli impetrata. §. 25.

Dahingegen 3) die Mitbelehnſchaft welche Beklagter an demſelben Lehngute aus 7
der von der erſten Lehns⸗Erwerberin geſchehenen Präſentation und der von hochgräfli⸗cher Lehns⸗Curie ertheilten Einwilligung erlangt hat, eine ex alieno beneficio impetrata inueſtitura ſimultanea iſt, und dieſelbe ehr nicht als nach gänzlichem Abgange der von der erſten Lehns⸗Erwerberin abſtammenden männlichen Deſcendenz eine Lehnfolge zu wirken vermogt, indem eben ſo wie dem Beklagten in dem Falle daß der Pflegbe⸗fohlne der Kläger das pro indiuiſo mit ſeinem verſtorbenen Bruder erhaltene Lehn zu Gunſten ſeines Bruders nicht aufgelaſſen hätte, die Lehnfolge am Lehngute bey dem Abſterben des letzten Vaſallen nicht zugeſtanden haben würde, ſo auch ihm jetzt da jener das daran erhaltene Recht bey deſſen Auflaſſung durch die reſervirte Mitbelehn⸗ſchaft ſich vorbehalten hat, die Lehnfolge daran nicht erwachſen können, ſi enim perſonis quae ad communem adſpirant manum ius ante ſimul inueſtitos ſuccedendi competierit, veluti, ſi beneficium a patre ad plures delatum filios, vni eorum in diuiſione obueniat hereditatis, reliquis communem reſeruantibus manum, prioribus ſimul inueſtitis inconſultis, eam recte impetrant, quin in poſterum cum deſcendentibus ſuis in ſucceſſione praeferuntur, quia priores ſimul inueſtiti non niſi hac lege impetrarunt inueſtituram, vt demum ſtemmate iſto extincto ſuccederent

Io. God. Bauer de forma ac definitione communis Sax. manus. §. 29.

Wohlfolglich 4) da in dem gegenwärtigen Falle der Kläger eine ſimultaneam in- 8
veſtituram iure proprio impetratam und Beklagter eine ſimultaneam inueſtituram beneficio alieno impetratam für ſich hat, die Lehre von der ſonſt gleichen Lehnfolge aller Mitbelehnten die Anwendung verliehrt, illa enim regula quod omnium ſimultanee

in-

inueſtitorum aequalis ſit conditio, vnice circa ſimultaneam inueſtituram beneficio alieno impetratam locum ſibi vindicat, cum in vaſalli feudum nouum acquirentis arbitrio relictum ſit, quem ordinem inter eos, quos domino ad ſimultaneam inueſtituram nominat, aliquando in ſucceſſione ab illis obſeruari cupiat, e contra inter ſimultanee inueſtitos, proprio iure coniunctam manum impetrantes non aequali modo in feudum ſuccedatur ſed proximitatis ratio inter eos ſeruanda ſit,

Siegel de ſimult. inueſt. absque conſenſu vaſalli impetrata §. 24.

9 Auſſerdem aber 5) im gegenwärtigen Falle noch beſonders in rechtliche Erwägung kommt daß durch die Mitbelehnſchaft welche beyde Theile einander nicht in Streit ziehen, nur allein das ius ſuccedendi in feudum begründet, hingegen durch dieſelbe der in Frage ſtehende ordo ſuccedendi inter plures ſimultanee inueſtitos nicht beſtimmt wird, inmaßen dieſer von der geſammten Hand an und für ſich nicht abhängt, ſondern entweder durch die bey der Präſentation und Aufnahme zur geſammten Hand gemachten Verordnungen feſtgeſtellt oder in deren Ermangelung nach der Verordnung der gemeinen Rechte oder nach hergebrachter Obſervanz unter Mitbelehnten beurtheilt wird,

10 Daß aber 6) derſelbe in dem gegenwärtigen Falle nach gemeinen Kaiſerlichen Lehnrechten zu beſtimmen ſey, folgende Gründe erhärten,

weil a) die Kaiſerlichen oder gemeinen geſchriebenen Lehnrechte nach dem Atteſtate der Gräflich Reußiſchen geſammten Regierung in daſigen Landen in Fällen wo nicht per conſuetudinem et obſeruantiam ein anderes eingeführt iſt, in der Regel üblich ſind,

Hiernächſt b) wenn gleich die Mitbelehnſchaft durch alte teutſche und ſächſiſche Rechte hergebracht iſt, dennoch durch dieſelbe nur allein das ius ſuccedendi in feudum begründet hingegen der ordo ſuccedendi inter ſimultanee inueſtitos im ſächſiſchen Rechte nirgends beſtimmt wird, vielmehr

11 c) die von einigen Sächſiſchen Rechtslehrern angeführte Meinung, daß mehrere zur geſammten Hand aufgenommene Mitbelehnte zugleich ſuccediren bloß auf einem in Sachſen hergebrachten beſondern Gewohnheits-Rechte beruht, ſiquidem moribus ſaxonicis et conſuetudine communiter receptum eſt vt hi qui ſimul inueſtiti ſunt niſi in inueſtitura aliter expreſſe cautum ſit nulla graduum habita conſideratione pariter ſuccedant wie ſolches von

Hart. Piſtor quaeſt. iur. lib. 2. qu. 21. n. 20. 27.

ausführlich erörtert worden

12 Davon aber d) daß dieſes beſondere Churſächſiſche Gewohnheits-Recht in den gräflich Reußiſchen Landen bey der Lehnfolge eingeführt ſey, kein Beweis in den Acten vorhanden iſt, vielmehr für die auf gemeine Lehnrechte beruhende Succeſſions-Ordnung, als welche bey der auſſerhalb Sachſen eingeführten Mitbelehnſchaft unter den Mitbelehnten die Regel ausmacht, ſowohl die pro iure communi überall eintretende Rechts-

Rechts-Vermuthung, als auch das vorangeführte Atteſtat der gräflichen Lehns-Curie ſtreitet, dieſem zu Folge aber der Kläger in allem Betrachte, theils wegen der vorbehaltenen Mitbelehnſchaft, theils in Anſehung der ihm als mitbelehnten leiblichen Bruder des letztverſtorbenen Vaſallen nach gemeinen Lehnrechten treffenden vorzüglichen Succeſſions-Ordnung ein alleiniges Succeſſions-Recht in dem gegenwärtigen Succeſſions-Falle zuſteht;

Dieſem auch die vorangeführte Zweifels-Gründe nicht entgegen ſtehen, in mehre- 13
rem Betracht daß

ad 1) eines Theils darauf ob das ſächſiſche Lehnrecht der Regel nach in den Gräflich Reußiſchen Landen recipirt ſey, bey gegenwärtiger Sache deshalb es nicht ankommt, weil in demſelben von der hier allein in Frage ſtehenden Succeſſions-Ordnung unter mehreren Mitbelehnten nichts verſehen iſt, andern Theils keine der aus den Landtags-Abſchieden, und ſonſt angeführten Stellen, vom Gebrauch des ſächſiſchen Lehnrechts, ſondern allein vom ſächſiſchen Rechte handelt, unter dieſem Ausdruck aber überhaupt die unter dem Nahmen des Sachſen-Spiegels bekannte und für ein Geſetz nie angenommene Sammlung nicht verſtanden wird, ſondern die iura antiqua Saxonum non ſcripta wie

Griebnerus de terris iuris Saxonici §. 25.
Haltaus in gloſſar. Germ. p. 1574.

ausgeführt, angedeutet werden, daneben unter dem allgemeinen Ausdruck des ſächſiſchen Rechts, welcher im eigentlichen Verſtande auf das übliche Landrecht geht, das ſächſiſche Lehnrecht um ſo weniger begriffen iſt, als die Lehn-Curien eigene und vom Landrecht unterſchiedene beſondere Rechte und Gewohnheiten befolgen,

Hiernächſt wenn gleich ad 2) die Mitbelehnſchaft zu Begründung des iuris ſuc- 14
cedendi in feudum aus alten Teutſchen Lehnrechten erfordert wird,

Dennoch ſo viel ad 3) die Succeſſions-Ordnung unter Mitbelehnten betrift, die angeführte gemeinſchaftliche Succeſſion ſämmtlicher Mitbelehnten auf einer Verordnung der ſächſiſchen Lehnrechte nicht, ſondern auf einem in Sachſen hergebrachtem beſonderem Gewohnheits-Rechte beruht, auf welches auſſerhalb Sachſen ſo weit es nicht gleicher maſſen hergebracht iſt, kein Abſehen zu nehmen,

ad 4) die Abſicht des Pflegbefohlnen der Kläger um das an dem Lehngut C. 15
angeerbte Recht ſich mit voller Wirkung zu erhalten, daraus daß derſelbe im Lehns-Protocolle vom 9ten Nov. 1763 das Lehn geſucht und empfangen und darauf das Gut ſeinem Bruder unter der vorbehaltenen Mitbelehnſchaft nach demſelben Protocolle überlaſſen hat, ſich klar zu Tage legt, dergleichen reſervirte Mitbelehnſchaft aber, weil ſie auf das am Lehn ex iure ſanguinis bereits zuſtehende ius ſuccedendi gegründet iſt, dem Mitbelehnten die Succeſſion nach dem Vorrecht der Sippſchaft gibt, und der ausdrückliche Vorbehalt der nach rechter Sippſchaft zuſtehenden Lehnsfolge für überflüſſig zu achten, wie der ſächſiſche Rechtsgelehrte

Siegel in cit. diſſ. §. 28.

mit Grund geurtheilt hat,

16 ad 5) unter bloß präſentirten Mitbelehnten und unter ſolchen, welche nach der ex iure ſanguinis ſchon erlangten Lehnfolge bey Ueberlaſſung des Lehns an einen gleich Berechtigten die geſammte Hand ſich vorbehalten haben, ein auf ſichern und richtigen Rechtsgründen beruhender Unterſchied eintritt, überdem die Rechtslehre, daß in Ermangelung eines in Geſetzen gemachten Unterſchieds auch bey deſſen Auslegung kein Unterſchied zu machen ſey, im gegenwärtigen Falle keine Anwendung leidet, weil das ius ſuccedendi aequale ſo mehrern präſentirten Mitbelehnten beygelegt wird, auf einem geſchriebenen Geſetze nicht, ſondern nur auf einem in Sachſen hergebrachten Gewohnheits-Rechte beruht, und daß dieſes bey einer ſimultanea inueſtitura iure proprio impetrata ſelbſt in Sachſen nicht ſtatt finde, von den vorangeführten ſächſiſchen Rechtsgelehrten behauptet wird, folglich davon am wenigſten auſſerhalb Sachſen wo die Succeſſions-Ordnung unter Mitbelehnten der Regel nach aus gemeinen Lehnrechten zu beſtimmen iſt, ein Gebrauch zu machen ſteht,

17 Solchemnach das vorige Urtheil in der Hauptſache zu reformiren und die beyden erſten Urtheile wieder herzuſtellen, jedoch in Anſehung deſſen daß Beklagter den Beyfall zweyer Rechts-Collegien in den beyden letzten Urtheilen für ſich erhalten hat, die Koſten der Klage gegen einander zu vergleichen und aufzuheben geweſen. 1773.

Num. 131.

RESPONSVM.

THEMATA GENERALIA.

I. De natura ſubſtitutionis quaſi pupillaris quaedam.

II. Hereditatem pro parte dementi delatam nec vero ab eo acquiſitam poſt eius mortem ad coheredes eius pertinere.

Argvmenta specialia.

Species facti. n. 1.

Quaeſtio prima et ſecunda. n. 2.

Rationes dubitandi.

In ſubſtitutionibus de caſu expreſſo ad alterum non expreſſum colligere licet. n. 3.

Sub appellatione heredum tam heredes ab inteſtato quam teſtamentarii comprehenduntur. n. 4. 5.

Rationes decidendi.

Subſtitutio ceſſat ſi caſus ſubſtitutionis non exiſtit. n. 6. 10.

Si ſub duplici conditione facta eſt ſubſtitutio, vterque exiſtat, neceſſe eſt. n. 7.

Subſtitutio quaſi pupillaris ſupponit a parte teſtatoris ſcientiam dementiae. n. 8.

Nec latet in fideicommiſſaria ſubſtitutione quaſi pupillaris ſubſtitutio. n. 9.

Appellatio heredum, ex circumſtantiis explicanda. n. 11.

Quaeſtionum deciſio. n. 12.

Quaeſtio tertia. n. 13.

Ratio dubitandi.

Hereditas dementi delata, eoque in dementia mortuo, ad eos defertur qui tempore mortis dementis proximiores ſucceſſores eius ſunt a quo hereditas peruenit. n. 14. 15.

Rationes decidendi.

Furioſus hereditatem ſibi delatam acquirere nequit, ſed bonorum poſſeſſionem prouiſionalem tantum petere poteſt. n. 16.

Ad ſanam mentem reuerſus, ipſe adhuc adire poteſt, ſi vero in furore moritur ius ſuccedendi ex tempore mortis eius cui ſucceditur iudicatur. n. 17.

Pertinet itaque vi iuris accreſcendi ad coheredem furioſi. n. 18. 20.

Et eo iam mortuo ad eius heredes transfertur. n. 19. 20.

Etſi hic caſus in legibus nominatim expreſſus non ſit. n. 21.

Quae legis diſpoſitio etiam in Saxonia valet. n. 22.

Vi iuris accreſcendi etiam hereditas non adita ad heredes transmitti poteſt. n. 23.

Quaeſtionis deciſio. n. 24.

Rechtsgutachten.

Als uns eine Geſchichts-Erzählung nebſt einigen Fragen zugefertigt und darüber unſere Rechtsbelehrung begehrt worden demnach erachten wir für Recht.

1 Iſt weiland Dietrich von B. ein Edelmann in Churſachſen mit Hinterlaſſung dreyer Söhne und dreyer Töchter und eines Tochter-Sohns des E. v. T. verſtorben und hat am 31ten Dec. 1746 und am 16ten Jun. 1747 eine Diſpoſition errichtet welche nach ſeinem Tode von ſeinen ſämmtlichen Kindern und Kindes-Kindern anerkannt worden, und auch noch jetzt von ihnen für verbindlich agnoscirt wird. Iſt unter deſſen Kindern Sophia von W. mit Hinterlaſſung einer Tochter verſtorben welche an weiland Staats-Miniſter von M. in B. verheirathet geweſen und ſind aus dieſer Ehe jetzt noch zwey lebende Kinder vorhanden nachdem die Mutter derſelben längſt geſtorben iſt, die andern beyden Töchter C. v. A. und S. v. B. ſind beyde ohne Kinder zu hinterlaſſen geſtorben und auch E. v. T. iſt unlängſt mit Hinterlaſſung einer Tochter die jetzt an den Major v. W. verheirathet iſt, verſtorben.

Von den drey Söhnen iſt zuerſt der Major Hans von B. welcher ſich auf dem väterlichen Gute aufgehalten daſelbſt den 12ten April 1779 mit Hinterlaſſung eines nicht unbeträchtlichen Allodial-Nachlaſſes ohne ein Teſtament zu hinterlaſſen mit Tode abgegangen und iſt deſſen Erbſchaft da von den Schweſtern deſſelben keine mehr, ſondern nur deren Kindes-Kinder noch vorhanden geweſen ſeinen beyden damahls noch lebenden Brüdern, als dem Geheimenrath von B. zu St. und dem Otto von B. allein angefallen, und iſt letzterer zu ſolcher Zeit ſo wenig wie vorher ſeiner Vernunft mächtig geweſen jedoch nicht unter einer cura mentis geſtanden, ſondern ſeiner eigenen Leitung überlaſſen geweſen; Hat ferner der hiernächſt verſtorbene Geheime-Rath von B. zu S. ſeine Gemahlin und ſeine Stief-Kinder die Geſchwiſter von B. in einem gültigen Teſtamente zu ſeinen Univerſal-Erben eingeſetzt, und werden ſelbige noch jetzt von den Inteſtat-Erben des Geheimen-Raths von B. als Erben deſſelben agnoscirt:

Gegenwärtig lebt alſo von den Kindern weiland Dietrich von B. niemand mehr als Otto von B. Dieſer iſt von ſeinen Inteſtat-Erben nemlich den Kindes-Kindern ſeiner Schweſtern nachdem ſelbige eine Explorations-Commiſſion über ſeine Gemüths- und Seelen-Kräfte und eine curam mentis über ihn bey der Regierung zu D. auszubringen gewußt haben für völlig demens natiuitate talis ſeu mente captus primi generis der nie wieder ad ſanam mentem kommen könne ausgegeben, und es iſt von ihnen in einem mit den Teſtaments-Erben des Geheimen-Raths von B. anhängigen Proceſſe verſchiedentlich mit ausdrücklichen Worten ſtatuirt worden; daß die väterlichen Diſpoſitionen hinlänglich beſagten, daß Otto von B. unter diejenigen Perſonen zu rechnen wäre die nicht gültiger Weiſe über das Ihrige diſponiren könnten, wie er denn zur Zeit des errichteten Teſtaments und der ihm ab inteſtato deferirten Erbſchaft ſeines zweyten Bruders Hans v. B. in demſelbigen Gemüths-Zuſtande geweſen, als er demnächſt am 8 May 1785 bey der angeſtellten Unterſuchung ſeiner Seelen- und Gemüths-Kräfte befunden worden:

Dieſemnach entſtehen auf den Fall wenn man die bis jetzt ſo wenig bewahrheiteten als entſchiedenen Behauptungen der Schweſter-Kinder des O. v. B. auf einen Augenblick für wahr annehmen will, folgende Fragen

Er-

Erſte Frage.

Ob bey der ſo eben erwähnten und angenommenen Meinung über den Seelen-Zuſtand des Otto von B. in den väterlichen Dispoſitionen und inſonderheit im §. 8. des Teſtaments worin verordnet iſt, daß wenn der jüngſte Sohn Otto v. B. vor ſeinen älteſten Brüdern ohne Leibes-Lehnserben ſterben würde, deſſen Erbantheil an das Rittergut zurückfallen ſolle nicht eine ſubſtitutio quaſi pupillaris liege? 2

Zweyte Frage.

Ob, wenn dieſe oder wenn auch nur eine darin verordnete ſubſtitutio fideicommiſſaria angenommen werden ſollte, alsdann in Gefolge des §. 8. des Teſtaments des Dieterich von B. nicht die Erben weiland Geheimen-Raths von B. für die dem Otto von B. quaſi pupillariter ſubſtituirten oder doch für die fideicommiſſariſchen Erben deſſelben zu halten wären; mithin die Kindes-Kinder ſeiner Schweſtern in der Erbfolge in dem von dem Vater Dietrich von B. herſtammenden Vermögen völlig ausſchlöſſen?

Ob nun wohl in der gedachten Dispoſition, worin Dieterich von B. ſeinem jüngſtem Sohne auf den Fall daß er vor ſeinen beyden älteſten Brüdern ohne eheliche Leibes-Lehnserben verſterben würde, deſſen beyde älteſten Brüder oder deren Erben fideicommiſſarie ſubſtituirt hat, 3

1) eine ſubſtitutio quaſi pupillaris zugleich für begriffen zu achten ſeyn dürfte, weil der Teſtator die Schwäche der Seelenkräfte ſeines Sohnes in dem Codicille ſelbſt geſchildert und ihn ſeinem mittlern Sohne zur Obſorge empfohlen und nach einer daraus herzuleitenden praeſumta teſtatoris voluntate, welche bey den Fideicommiſſen einen Grund der Auslegung abgibt,

L. 22. pr. D. ad SC. Trebell.
L. 16. C. de fideicommiſſ.

der nicht ausgedruckte Fall, wenn der jüngſte Sohn in dem angeblichen Seelen-Zuſtande ſterben würde, unter obgedachtem ausdrücklichem Falle enthalten zu ſeyn ſcheint, wie denn unter ſolchen Umſtänden ſowohl die Rechte ſelbſt die Subſtitution von einem Fall auf den andern nicht ausgedrückten ähnlichen Fall ausdehnen

L. 4. C. de impub. et aliis ſubſtitut.

als auch verſchiedene Rechtslehrer behaupten, quod exemplaris ſeu quaſi pupillaris ſubſtitutio lateat ſub expreſſa ſubſtitutione vulgari,

Stryk de Caut. teſt. cap. 18. membr. 3. §. 2.

Wenigſtens 2) die ausdrückliche Verordnung des Teſtirers worin er ſeinem jüngſtem Sohne ſeine beyden älteſten Söhne oder deren Erben fideicommiſſarie ſubſtituirt hat, auch nunmehr den Teſtaments-Erben des weiland Geheimen-Raths von B. nicht ohne Anſchein deshalb zu ſtatten kommen möchte, 4

Weil a) der Ausdruck Erben ſowohl Inteſtat-Erben, als teſtamentariſche Erben wenn gleich ſolche nicht benannt ſind, unter ſich begreift,

L. 170. D. de verb. ſignif.

und namentlich unter der Subſtitutions-Formel quisquis mihi heres erit ſowohl der nächſte Inteſtat-Erbe als auch der heres ſcriptus verſtanden wird

L. 227. D. de verb. ſignif.

Dieſes auch b) in dem gegenwärtigen Falle deſto ſicherer anzunehmen ſeyn dürfte, weil der Teſtirer ſeine Töchter oder deren Deſcendenten bey gedachter Verordnung ausgeſchloſſen und daß ſie im geringſten ſich darin zu meliren; nicht Fug haben ſollten, verordnet hat,

5 Ueberdem 3) der Gegenſtand der fideicommiſſariſchen Subſtitution nur die Hebung der dem jüngſten Sohne aus dem Rittergute angewieſenen Gelder betrift und daher kein beſonderer Grund zu einer auf Leibes-Erben einzuſchränkenden Auslegung dabey eintreten will, daher die teſtamentariſchen Erben des Geheimen-Raths von B. in dem gegenwärtigen Falle pro heredibus fideicommiſſariis des Otto von B. zu halten zu ſeyn und die Kindes-Kinder der Schweſtern deſſelben von der Succeſſion in das von dem Teſtirer herſtammende Vermögen völlig auszuſchließen ſcheinen,

6 D. a. u. d. die rechtliche Beurtheilung beyder Fragen auf der im §. 8. des Teſtaments enthaltenen Verordnung beruht

wenn der jüngſte Sohn vor ſeinen älteſten Brüdern ohne Leibes-Lehnserben ſterben würde

und dieſe den doppelten Umſtand, daß der jüngſte Sohn ſowohl vor ſeinen älteſten Brüdern, als auch daß er ſelbſt ohne Erben verſtürbe den Worten nach und nach der dadurch deutlich ausgedrückten Willens-Meinung des Teſtirers in ſich faßt, und dahin gegangen, daß der ihm an Capital und an Intereſſen ausgeſetzte dritte Erbtheil an das Rittergut zurück fallen ſollte, wie denn deshalb der Teſtator in dem Fall da der jüngſte Sohn vor ſeinen älteſten Brüdern unbeerbt ſterben ſollte verordnet

es verſtehe ſich von ſelbſt daß ſo dann die vorher diſponirte Bezahlung der Intereſſen und des Capitals an das Gut und an die überlebenden beyden älteſten Brüder zurückfalle

und bloß zu Erreichung dieſer Abſicht und um in dieſem Fall allen Streit zu vermeiden das fideicommiſſum dahin geordnet iſt, daß das bemerkte Capital an ſeine beyden älteſten Söhne oder deren Erben übergehen und fallen ſolle

Gleichwohl 2) dieſer Subſtitutions-Fall nicht eingetreten, indem der jüngſte Sohn ſeine beyden älteſten Brüder ſelbſt überlebt hat und deshalb die auf dieſen Fall geſtellte Subſtitution auf gleiche Weiſe erloſchen iſt, wie die ſubſtitutio vulgaris durch die Antretung des inſtituirten Erben

L. 5.

L. 5. C. de impub. et aliis ſubſt.

oder die pupillaris ſubſtitutio mit der Pubertät erlöſcht,

L. 14. L. 43. §. 1. D. de vulg. et pup. ſubſtit.

Daneben auch 3) dieſer Subſtitutions-Fall ſich mit Beſtand nicht theilen 7

L. 23. D. de condit. et demonſtr.

und allein von dem Fall wenn der jüngſte Sohn ohne Leibes-Lehnserben ſterben ſollte, annehmen läßt, weil das Abſterben des jüngſten Sohns vor ſeinen beyden älteſten Brüdern, einen in die deutlich ausgedrückte Willens-Meinung des Teſtators einſchlagenden Haupt-Umſtand enthält, voluntate teſtatoris vero regitur conditio

L. 19. D. de condit. et dem.

und dabey das ohne Leibes-Lehnserben erfolgte Abſterben des jüngſten Sohns deshalb zugleich ausgedrückt worden, weil er deſſen Lehnserben den Anfall des zum Theil in Lehnen beſtehenden Erbtheils nicht entziehen können, in Anſehung der von ihm nachzulaſſenden Töchter aber eine beſondere Dispoſition gemacht hat,

Aus ſolchem allem in Anſehung der beyden Fragen ſich ergibt, daß in dem gegen- 8
wärtigen Falle keine ſubſtitutio vulgaris vorhanden iſt, ferner auch an Gründen zur Behauptung einer praeſumtae quaſi pupillaris ſubſtitutionis mangelt, indem zwar der Teſtator ſeinen jüngſten Sohn für unwiſſend, unthätig, jeder Verleitung ausgeſetzt, und zur Geſchäfts-Führung unfähig erkannt hat, jedoch davon, daß er ihn pro demente primi generis gehalten, in dem Codicill keine Anzeige enthalten iſt, vielmehr er ihn zur Eingehung einer Ehe auch moraliſch nicht unvermögend angeſehen und dabey nur die gehörige Vorſicht anzuwenden ihm angewieſen hat, überdem ſeinem mittlern Sohn nicht eine curam über ihn, ſondern eine liebreiche Vorſorge aufgetragen, gleichwohl ohne eine ſcientiam dementiae vorauszuſetzen, die Geſinnung des Teſtirers ihm auf ſolchen Fall zu ſubſtituiren, ſich nicht begründen läßt,

Stryk de Caut. teſt. c. 18. m. 3. §. 2. in f.

überdem die Meinung der Rechtslehrer daß in der ſubſtitutione vulgari eine tacita 9
quaſi pupillaris enthalten ſey, ſich auf ſubſtitutionem fideicommiſſariam deshalb nicht anwenden läßt, weil dieſe nur auf die vom Teſtator herrührende Güter eingeſchränkt
iſt, die quaſi pupillaris aber zugleich auf des Erben eigenes Vermögen geht, hiernächſt 10
auch das in §. 8. des Teſtaments geordnete Fideicommiß dadurch, daß der Fall, daß der jüngſte Sohn vor ſeinen ältern Brüdern ſterben würde, nicht exiſtirt, bereits erloſchen iſt,

L. 102. D. de cond. et dem.
L. 30. C. de fideicomm.

Und ſo ſcheinbar auch eine günſtige Auslegung für die Teſtaments-Erben eines 11
der älteſten Brüder, in dem Fall daß der jüngſte Sohn vor beyden Brüdern verſtorben wäre, hätte ſeyn mögen, dennoch aus dem Zuſammenhange des §. 8. des Teſta-

ments

ments die Geſinnung des Teſtirers ſehr deutlich abzunehmen iſt, und daraus daß er unter ſolchen bloß Leibes-Lehnserben eines ſeiner älteren Söhne, verſtanden habe, ſich ergibt als auf welche der dem jüngſten Sohn an Capitalien ausgeſetzte Erbtheil wieder kommen, und dadurch in das Rittergut zurückfallen ſolle, und nach dieſer Willens-Meinung die teſtamentariſchen Erben darunter nicht verſtanden werden mögen, wie denn überall der unbeſtimmte Ausdruck der Erben, aus der erklärten Abſicht und Verordnung des Teſtators ſeine rechtliche Auslegung erlangt,

Knipſchild de fideicomm. fam. c. 1. n. 93.

Als ſind wir der rechtlichen Meinung:

12 daß ad I) in dem §. 8. des väterlichen Teſtaments auch unter der angenommenen Vorausſetzung über den unglücklichen Seelen-Zuſtand des jüngſten Sohns Otto von B. keine ſubſtitutio quaſi pupillaris liege,

nicht minder ad II) daß die darin geordnete ſubſtitutio fideicommiſſaria bereits erloſchen und daher die Teſtaments-Erben des weiland Geheimenraths von B. pro heredibus fideicommiſſariis mit Beſtand nicht gehalten werden mögen,

Dritte Frage.

13 Ob nicht, wenn auch die vorhergehenden Fragen verneint werden mögten, die Geſchwiſter von B. als Teſtaments-Erben des Geheimen-Raths von B. nach der Diſpoſition der

L. vlt. §. 8. C. de curat. furioſi.

ſowohl in theſi nach gemeinen und ſelbſt nach ſächſiſchen Rechten, als auch in hypotheſi eine Erbfolge in der Verlaſſenſchaft des Otto von B. in ſo fern ſolche von dem 1779 verſtorbenen Bruder, dem Major von B., herrührt zu behaupten für berechtigt zu halten, mithin ſie als Erben weil. Geheimen-Raths von B. welcher die Verlaſſenſchaft ſeines vor ihm verſtorbenen Bruders des Majors von B. völlig angetreten, wohl befugt ſeyen, die Enkel der Schweſtern deſſelben im Gefolge des von ihnen behaupteten Gemüths-Zuſtandes des O. von B. von der Succeſſion deſſelben in dieſer Hinſicht auszuſchließen?

14 Wiewohl nun in dem geſetzten Falle daß Otto von B. in der angegebenen dementia ſtehen ſollte, in Anſehung der Succeſſion in die ihm im Jahr 1779 angefallene halbe brüderliche Erbſchaft des Majors von B. dieſe Zweifel eintreten,

daß 1) bey einer Erbſchaft welche einen dementi angefallen die Erbfolge nach ſeinem Abſterben den Inteſtat-Erben desjenigen von dem ſolche Erbſchaft herrührt

L. vlt. §. 8. C. de curat. furioſi.

daran zugeeignet wird, gleichwohl von den Inteſtat-Erben des Majors von B. jetzt keine nähere als die mehrgedachten Kindes-Kinder der Schweſtern am Leben ſind, und dieſen daher die Succeſſion an dieſem Antheile gebühren mögte,

Und

Und ungeachtet der Geheime-Rath von B. zur Zeit des Anfalls dieſer Erbſchaft 15
nebſt ſeinem Bruder Otto von B. der nächſte Erbe ſeines Bruders des Majors von
B. geweſen, dennoch derſelbe bereits im Jahr 1781 geſtorben, und den in Frage ſte-
henden Succeſſions-Fall, daß ſein jüngſter Bruder in dem angeblichen ſtatu mentis und
ohne die qu. Erbſchaft antreten zu können, verſterben würde, nicht erlebt hat, und
daß derſelbe daher weder ſelbſt ein Erbrecht auf dieſe halbe Erbſchaft erhalten noch
auch ſolches auf ſeine Teſtaments-Erben vererben können um ſo mehr dafür gehalten
werden mögte, da eine nicht angetretene Erbſchaft auf Erben nicht vererbt werden kann,

L. vn. §. 4. C. de caducis toll.

D. a. u. d. 1) Bey dem angegebenen Seelen-Zuſtande des Otto von B. als eine 16
rechtliche Folge anzunehmen, daß er die im Jahr 1779 ihm angefallene halbe brüder-
liche Erbſchaft anzutreten auſſer Stand geweſen, und daher daran kein Erbrecht er-
worben, ſondern nur die rechtlichen Vortheile welche die bonorum poſſeſſio prouiſiona-
lis geben mag, daran erlangt hat, ſo wie ſolches von Juſtinian in

L. vlt. §. 3. C. de curat. fur.

verordnet worden, und ungeachtet davon, daß die bonorum poſſeſſio in ſeinem Nah-
men geſucht worden ſey, nichts conſtirt, dennoch der Beſitz und Genuß den er in An-
ſehung dieſes Erbtheils bisher gehabt haben mag, bloß nach dem Rechte der bonorum
poſſeſſionis, als zu deren Erlangung er allein eine rechtliche Befugniß gehabt, zu beur-
theilen iſt,

Solchem zu Folge 2) die ihm angefallene halbe brüderliche Erbſchaft ſo lange er 17
lebt, annoch pro iacente hereditate in dem Maaſſe zu halten iſt, daß wenn derſelbe wie-
der zu geſundem Verſtande gelangen ſollte, er ſelbige ſelbſt noch antreten kann, wenn
er aber in dem unglücklichen Zuſtande worin er ſich jetzt befindet verſterben ſollte, die
noch nicht angetretene Erbſchaft demjenigen anfällt, welcher zur Zeit des Anfalls dazu
das vorzüglichſte Recht gehabt hat, inmaßen wenn gleich bey eintretender Inteſtat-
Succeſſion zur Beſtimmung des nächſten Erben, auf den Zeitpunct des Todes des
furioſi geſehen wird, dennoch das Recht zu ſolcher Erbſchaft ſelbſt und die Art der Erb-
folge welche ſtatt haben ſoll nach dem Zeitpuncte und nach den Umſtänden unter wel-
chen dieſe dem angeblichen dementi deferirt worden und nicht nach der Zeit und den
Umſtänden des erfolgenden Abſterbens deſſelben zu beurtheilen iſt, und deshalb Juſti-
nian verordnet, quod ſucceſſio referatur vel ad ſubſtitutum, vel ad heredes ab inteſtato,
vel ad noſtrum aerarium eo ſcilicet obſeruando, vt hi veniant ad ſucceſſionem qui
mortis tempore furioſi propinquiores exiſtant ei ad cuius bona vocabuntur, ſi non in
medio eſſet furioſus

L. vlt. §. 8. C. de cur. fur.

Dieſemnach und da 3) der Major von B. zur Zeit ſeines Abſterbens ſeine bey- 18
den Brüder, den Geheimen-Rath von B. und den angeblichen dementen Otto v. B.
als Inteſtat-Erben hinterlaſſen hat, und unter dieſen der Geheime-Rath die Erbſchaft
allein angetreten, und dadurch mit dem für ſeinen Antheil erworbenen Erbrecht zu-

gleich das ius accreſcendi in Anſehung des Erbantheils ſeines Miterben ipſo iure um ſo gewiſſer erhalten hat, als das ius accreſcendi durch die Verordnung der Geſetze mit dem Erbrechte und mit dem erworbenen Erb-Antheile dergeſtalt verknüpft iſt, daß es auch einem coheredi ignoranti et inuito erworben wird, und es dazu einer Declaration deſſelben nicht bedarf,

L. 53. §. 1. D. de acquir. et omitt. heredit.
L. vn. §. 10. C. de caduc. toll.

19 Daneben 4) der nicht angetretene Erbtheil des Miterben Otto von B. quoad ſubſtantiam et proprietatem immerfort portio vacans geweſen und geblieben, und dieſem ein mehreres nicht, als ein interimiſtiſches Recht zu deſſen Benutzung, ſo wie ſolches die Art und Eigenſchaft der für dieſen Fall beſonders beſtimmten bonorum poſſeſſionis mit ſich bringt, daran erwachſen können, hingegen daß dem Geheimen-Rath von B. als Miterben, daran zuſtehende ius accreſcendi ſo fort durch die von ihm angetretene Erbſchaft begründet und ungeachtet derſelbe bereits im Jahr 1781 verſtorben, auf deſſen Erben vererbt worden, indem dieſes mit der Erbportion verknüpfte Recht, als ein ius reale anzuſehen, quo portio portioni hereditariae accreſcit

L. 33. in f. D. de vſufructu.

und deshalb die Rechte ausdrücklich verordnen, quod licet coheres qui hereditatem adiit deceſſerit antequam accreſceret, hoc ius ad eius heredes pertineat

L. 9. D. de ſuis et legitimis heredibus.

20 Solches alles auch 5) der Verordnung des Juſtinians in

L. vlt. §. 8. C. de curat. fur.

angemeſſen iſt, als worin verſehen worden, daß, weil dem dementi an der angefallenen Erbſchaft ein mehreres nicht, als die auf ſeine Lebenszeit ertheilte bonorum poſſeſſio, zu ſtatten kommen könne, bey deſſen Abſterben, nicht ihm, ſondern demjenigen ſuccedirt werde von welchem die Erbſchaft herrührt, und daher das Erbrecht nach dem Zeitpuncte da dieſe dem dementi angefallen in dem Maaſſe beurtheilt werden ſolle, ac ſi non in medio fuiſſet demens, oder wie der merkliche auf gleiche Abſicht gehende Ausdruck ergibt, quaſi bona nec fuiſſent ab initio ad eum deuoluta, ſolches aber in dem Falle, wenn der demens einen Miterben gehabt, die Folge haben muß, daß dieſem die portio vacans welche dem dementi beſtimmt geweſen, zu Theil wird, indem ſelbiger bey der von ihm angetretenen Erbſchaft das ius accreſcendi an der dem dementi angefallenen Erbportion ſo fort ipſo iure erworben hat, ſi enim demens coniunctum heredem ſeu coheredem vel ex teſtamento vel etiam ab inteſtato habeat; pars hereditatis, quae dementi obuenit, et iam vacans eſſe cenſetur iure accreſcendi vni vel pluribus coniunctis acquiritur, quo iure accreſcendi non tantum coniunctus ipſe ſuperſtes ſed etiam poſt mortem eius vlteriores heredes gaudent cum in iure accreſcendi reali quod hic obtinet portio portioni accreſcere dicatur.

Becmann de acquiſitione hereditatis dementi delatae §. 31.

Und

Und obwohl Juſtinian in mehrgedachter Verordnung, des beſondern Falls daß 21
Miterben vorhanden in welchem mithin das ius accreſcendi eintritt, nahmentlich keine Erwähnung gethan hat, ſondern nur andere Gattungen der Erben, als den ſubſtitutum, die ab inteſtato heredes, und das aerarium principis benannt hat, dennoch der Geſetzgeber, dieſe als die gewöhnlichen Erbfolger bloß als Beyſpiele anführt, indem er überall nur von einer dem dementi allein angefallenen Erbſchaft handelt, hingegen des Falles wo eine Erbſchaft dem dementi und mehrern Miterben zugleich angefallen keine Erwähnung gethan, und die Entſcheidung deſſelben daher der ſchon beſtimmten geſetzlichen Verordnung und der nach gleichen Gründen zu machenden Anwendung ſeines Geſetzes überlaſſen hat,

Uebrigens 6) in Anſehung dieſer Verordnung kein Unterſchied unter den gemei- 22
nen Rechten und den ſächſiſchen Rechten vorwaltet, weil auch die Verordnung des

L. vlt. §. 8. C. de curat. fur.

in Sachſen angenommen iſt,

Berlich in deciſ. P. I. dec. 147.
Menke in ſyſtem. iur. civ. lib. 27. tit. 10. §. 9.

ſo fern aber hiebey auf den Zeitpunct, wo die Erbſchaft des Majors von B. ſeinen Brüdern angetragen worden, geſehen wird, der weil. Geheime-Rath von B. zu ſolcher Zeit nach ſächſiſchen Rechten ein vorzügliches Erbrecht vor ſeinen Schweſter-Kindern, wenn auch allenfalls deren noch einige gelebt haben ſollten

Carpzov in iuriſpr. for. P. II. conſt. 18. def. 1.

und nach gemeinen Rechten

Nov. 118. c. 3.

ein vorzügliches Recht vor ſeiner Schweſtern Kindes-Kindern unſtreitig für ſich gehabt, und folglich eben ſo von dem iure accreſcendi allein nur Vortheile ziehen kann, als er nur mit ſeinem Bruder Otto von B. zu der Erbſchaft des Majors von B. gekommen

Endlich 7) der vorbemerkte Zweifel, daß eine nicht angetretene Erbſchaft nicht 23
auf Erben vererbt werden könne bey dem iure accreſcendi als bey einem mit dem Erbrechte ipſo iure verknüpften Rechte keine Anwendung leidet, und dieſes als ein mit dem Erbrecht ſchon erworbenes Recht auf die Erben vererbt wird,

L. 9. D. de ſuis et leg. hered.

Als halten wir den Rechten nach dafür:

daß unter der Vorausſetzung daß es mit dem behaupteten Seelen- und Ge- 24
müths-Zuſtande des O. von B. ſeine Richtigkeit habe, die Geſchwiſter von B. unter der Eigenſchaft der Erben des weil. Geheimen-Raths von B. aus der Diſpoſition des

L. vlt. §. 8. C. de cur. fur.

 und

und vermöge des auf ſie vererbten iuris accreſcendi ein vorzügliches Succeſſions-Recht in der dem angegebenen dementi deferirten Verlaſſenſchaft des Majors von B. vor den Kindes-Kindern der Schweſtern des Otto von B. zu behaupten für berechtigt zu halten. 1788.

Num. 132.

DECISIO.

THEMA GENERALE.

De iure agnatorum, alienationem feudi, per oblationem debitorum feudalium impediendi.

Argvmenta specialia.

Sententia. n. 1.

Rationes dubitandi.

Agnati offerendo ſolutionem debitorum feudalium alienationem feudi impedire poſſunt. n. 2.

Quod vsque ad adiudicationem recte fieri poteſt. n. 3.

Citatio ſingulis litis conſortibus inſinuanda eſt. n. 4.

Emtor qui absque iuſta cauſa rem emtam ſuſcipere recuſat vſuras ſoluit. n. 5.

Rationes decidendi.

Subhaſtatio neceſſaria eſt, quae fit ob debita feudalia. n. 6.

Agnati qui tamquam condebitores iure offerendi ſolutionem debitorum gaudent, eo ante terminum licitationis vti debent. n. 7. 10.

Debitor qui per ſolutionem debiti bona ab hypotheca liberare vult, ſolutionem re integra et ante venditionem pignoris offerre debet. n. 8. 10.

Feudo rite vendito ius agnatorum extinctum eſt. n. 9.

Qui venditionem pignoris impedire vult, creditoribus omnia ea praeſtare debet, quae vendito pignore habuiſſent. n. 11.

Beneficia iuris amittuntur ſi tempeſtiue non petuntur. n. 12.

Sufficit ſi citatio poſſeſſori feudi inſinuatur. n. 13.

Omiſſio ſpecialis inſinuationis non nocet, ſi citandus aliunde certam ſcientiam habuit. n. 14.

Agnatorum, qui in oppignorationem feudi conſenſerunt, conſenſus in alienationem neceſſarius non eſt. n. 15.

Feudo ob debita feudalia rite alienato ius reuocandi agnatorum ceſſat. n. 16.

Emtor ob imminentem euictionem iure ſuo pretium retinet. n. 17.

Urtheil.

Auf Vorbringen und erfolgte Sätze in Sachen der Gebrüder von H. als des Geheimen-Raths und Cammerpräſidenten Carl Chriſtians zu W., des Fürſtlich Säch-ſi-

ſiſchen Majors Johann Ludewig zu J., des Marggräflich Anſbachiſchen Cammerherrn Carl Friedrich zu L. und des Königlich Preuſſiſchen Premier-Lieutenants zu S. Supplicanten und Imploraten an einem, Johann Chriſtian Carl Heinrich von H. zu L. Supplicaten am andern, Anwalds der in termino erſchienenen conſentirten und andern Gläubiger des nurgedachten Carls von H., Mitſupplicaten und Imploraten am dritten, und des Kaiſerlich-Königlichen General-Majors Georg Friedrich Freyherrn von R. zu E. Imploraten am vierten Theile, wie auch auf der übrigen Carl von H—iſchen Gläubiger, zu den vorigen Acten erfolgte Submiſſion, die Adjudication des durch Subhaſtation zum gerichtlichen Verkaufe gebrachten Carl von H—iſchen Rittergutes L. betreffend,

Erkennen von Gottes Gnaden wir ꝛc. ꝛc. nach vorgehabtem Rathe auswärtiger Rechtsgelehrten für Recht:

Dieweilen Anwald des Majors Johann Ludewig von H. ſich zur Nothdurft 1
legitimiret, ſo hat es dabey ſein Bewenden. Es hat aber der Supplicanten angebrachtes Suchen nicht ſtatt, und ſind ſie daher mit dem angebrachten Widerſpruche gegen die Adjudication und Ueberlaſſung des Guts L. nicht weiter zu hören: dahergegen iſt der General-Major Freyherr von R. nunmehr ſein Gebot auf gedachtes Gut in einem dazu anzuſetzenden Adjudications-Termine durch baare Erlegung des Kaufgeldes zu erfüllen verbunden. Es ſind auch Supplicanten die durch den unſtatthaften Widerſpruch gegen gedachte Adjudication verurſachte Urtheils- und Verſchickungs-Koſten allein zu tragen ſchuldig. Von Rechts wegen.

Zweifels- und Entſcheidungs-Gründe.

Obwohl A) Supplicanten 1) in dem zur Hemmung der Adjudication des unter 2
der Subhaſtation ſtehenden Ritterguts L. angebrachtem Geſuche, die auf dieſem Gute haftenden von ihnen und ihren Vorfahren bewilligten Schulden abzutragen ſich erkläret, und nur dagegen die Anweiſung auf ſoviel Revenüen des Guts, als zur Beſtreitung der Intereſſen des dazu zu verwendenden Capitales nöthig ſind, und dabey von dem jetzigen Beſitzer des Guts die Sicherheitsſtellung wegen richtigen Zinſen-Abtrages zu erhalten, verlanget, dahergegen den übrigen Gläubigern den Genuß der übrigen Nutzungen dieſes im Sequeſter begriffenen Ritterguts, ſo lange der jetzige Beſitzer am Leben ſeyn würde, nicht in Streit gezogen haben,

Durch ſolches Anerbieten aber 2) Supplicanten den Widerſpruch gegen die Adjudication des qu. Gutes deshalb begründen zu können vermeinen, weil den Agnaten und Mitbelehnten bey der wegen Lehnsſchulden zu unternehmenden Veräuſſerung des Lehns das ius offerendi ſolutionem debitorum feudalium zuſtehe,

Hellfeld de iure credit. allodial. intuitu feudi et conc. feud. §. 14.

ſolches auch in den Entſcheidungs-Gründen des Wittenbergiſchen Rechtsſpruches durch die Ausdrücke, daß ſie anders nicht, als wenn ſie das Lehn von der Hypothek befreyen

 woll-

wollten, die Subhaſtation zu hindern befugt ſeyen, anerkannt worden, ihnen auch ſolche Befugniß um ſo mehr gebühre, als ihnen theils kraft der Mitbelehnſchaft bey einem künftigen Lehnsanfalle allenfalls das ius reuocandi feuda zuſtehe, theils auch die Allodial-Gläubiger dabey deshalb für intereſſirt nicht zu achten, weil ſie an dem, was von dem Kaufpreiſe des Lehngutes nach Abgang der Lehnſchulden übrig verbleiben würde, ihrer Befriedigung halber, keinen Anſpruch zu machen vermögten;

3 In ſolchem Betrachte 3) gedachtes Anerbieten noch immer vor der wirklichen Adjudication des ſubhaſtirten Gutes geſchehen mögen, bevorab aus ihrem während der General- und Special-Subhaſtation beobachteten Stillſchweigen die Folge eines taciti conſenſus nicht gezogen werden könne, weil ſie in dem Falle, da ihnen den Widerſpruch eher zu thun, obgelegen, nicht geſtanden, ſodann aber kein Stillſchweigen eine Einwilligung enthalte;

Cramer Diſſ. de tacente diſſentiente §. 3.

4 Ueberdem 4) das von der verwittweten Frau von G. auf die Hülfsvollſtreckung in das Lehngut gerichtete Geſuch, ſo ihnen zur Erklärung mitgetheilet worden, desgleichen die Bekanntmachung der verfügten Subhaſtation deſſelben Guts nur allein dem Geheimen-Rath von H., nicht aber ſämmtlichen Supplicanten inſinuiret worden, und ſonſt bey einer Vorladung, im Fall mehrere Litis-Conſorten vorhanden ſind, einem jeden derſelben die Ladung zu verkündigen ſey,

Fürſtl. Proceß-Ordn. tit. 3. §. 6.

nach ſolchem allem aber daß der von Supplicanten gegen die Adjudication und Ueberlaſſung des Lehnguts L. angebrachte Widerſpruch für unerheblich nicht zu halten, es einen Anſchein gewinnet;

5 Demnächſt B) Anwald der Carl von H—iſchen Gläubiger, in Anſehung der von dem General-Major Freyherrn von R. gegen die Adjudication des gekauften vorgedachten Ritterguts, eingebrachten Proteſtation vorgeſtellet, daß, da der Widerſpruch der Supplicanten gegen den öffentlichen und nothwendigen Verkauf deſſelben Gutes auf keinem rechtlichen Beſtande beruhe, es demſelben an einem Grunde, die Adjudication deshalb aufzuhalten, und anzunehmen, ermangelt, und derſelbe daher von ſolcher Zeit an die Verzugszinſen und verurſachte Koſten zu erſtatten gehalten ſey;

6 Dennoch aber und dieweil A) die Acten des mehreren ergeben, daß die Hülfsvollſtreckung in das ſequeſtrirte Rittergut L., beſonders auf Anſuchen der verwittweten Frau von G. wegen eines von den Mitbelehnten und deren Vorfahren bewilligten, in dem gedachten Gute ſtehenden Capitals und der davon rückſtändigen Zinſen unter der dazu von dem Lehnsbeſitzer Carl von H. ertheilten Erklärung erkannt, darauf aber Termin zur Liquidation der von ſämmtlichen Gläubigern des Gemeinſchuldners angegebenen Forderungen angeſetzt, ſodann weiter die Subhaſtation des beſagten Ritterguts unter ertheilter Einwilligung des höchſten Lehnherrn mittelſt Fürſtlichen Reſcripts vom 13. Oct. 1783 verfüget, und ſothanes Rittergut auf vorgegangene in dreyer

Her-

Herren Landen bekannt gemachte Subhaſtations-Patente zur General- und darauf zur Special-Subhaſtation gebracht, und daſſelbe von dem Kaiſerlichen General-Major Freyherrn von R. aufs abgegebene höchſte Gebot erſtanden worden, folglich hiebey wegen der zugleich angebrachten dringenden Lehnsſchulden die ſubhaſtatio neceſſaria des ſchon ſequeſtrirten Rittergutes mit Rechtsbeſtande eingetreten, cum ſufficiat, ſubhaſtationem interuentu debiti feudalis fieri oportuiſſe,

Berger electa diſc. for. tit. 40. obſ. 2. not. 1. p. 1258.
Idem in ſupplem. P. I. p. 403.

Dahergegen 2) der von Supplicanten gegen die Adjudication des ſub haſta er- 7
ſtandenen Guts eingelegte Widerſpruch und das dieſerhalb angebrachte Erbieten, nunmehr ſowohl an und für ſich, als in der geſchehenen Art und Weiſe für unſtatthaft zu halten, allermaßen wenn Supplicanten zur Abwendung der Subhaſtation der Befugniß, das Rittergut von der Hypothek zu befreyen, nach Maßgebung der vorangeführten Entſcheidungs-Gründe des Wittenbergiſchen Rechtsſpruchs ſich bedienen wollen, ihnen ſolches Suchen bey der erkannten Subhaſtation bis zum termino licitationis anzubringen obgelegen, ſo wie ſolches ſchon in verſchiedenen ſächſiſchen Verordnungen in der

Neuverbeſſerten Churſächſiſchen Proceß-Ordnung tit. 40. §. 3. in f.
Sächſiſch-Altenburgiſche Proceß-Ordnung P. I. c. 34. §. 10.

verſehen iſt, und wo ein gleiches nicht beſonders geordnet iſt, aus der Natur der Sache und den gemeinen Rechten ſich ergibt; indem dieſes ſogenannte ius offerendi den Agnaten und Mitbelehnten bloß in Erwägung deſſen, daß ſie wegen der bewilligten und anderer Lehnsſchulden auf den künftigen Lehns-Anfall gewiſſermaßen als Mitſchuldner anzuſehen ſind, aus gemeinen Rechten und nach der Analogie desjenigen 8
Rechts zugebilliget wird, nach welchem theils der Beſitzer eine verpfändete Sache durch Bezahlung der Schuld, von der Hypothek frey zu machen,

L. 16. §. 3. D. de pignor. et hypothec.

theils der Hauptſchuldner ſelbſt durch baare Bezahlung der Schulden die Güter von weiterer Hülfsvollſtreckung nach dem

L. 2. C. qui bonis cedere poſſunt.

zu befreyen befugt iſt, und ſolches Recht in dieſen und andern ähnlichen von

Coccei in iure controv. lib. 20. tit. 5. in appendice qu. 5.

angeführten Fällen nur re integra und vor dem gerichtlich getroffenen Verkaufe ausgeübt werden mag,

L. 2. C. ſi antiq. credit. pign. vend.

in ſolchem Betrachte aber Mitbelehnte ſolcher Befugniß nur zur Abwendung des Verkaufs eines der Lehnsſchulden halber zur Subhaſtation gebrachten Lehnes, mithin tempeſtiue ſich bedienen, hergegen dabey keinen Anſpruch auf Anweiſung ſo vieler

Lehns-

Lehns-Einkünfte, als ihre Sicherheit erfordert, zum Nachtheile des Lehnbeſitzers, oder
9 derer die aus dem Sequeſter ein gleiches Recht an den Lehnsfrüchten erlangen, ſich bedingen mögen, vielmehr wenn ſie ſich dieſes Rechts zur Abwendung der Subhaſtation zu gebührender Zeit nicht bedienet, ihr Recht am Lehne durch den Verkauf für erloſchen zu halten, dum enim ipſi agnati et ſimultanee inueſtiti ad debita feudalia ſoluenda ſunt obſtricti illi ſubhaſtationem, offerendo tempeſtiue debitum feudale, impedire debuiſſent: quod dum non fecerunt, damnum quod ſua culpa ſentiunt, ſentire non videntur, eorumque ius in feudo eſt extinctum;

Hellfeld l. c. §. 14.

10 Und wie 3) dieſes ius offerendi dem Hauptſchuldner ſelbſt anders nicht, als re integra et nondum elapſo tempore ſubhaſtationis zuſtehet,

Carpzov P. I. c. 32. def. 44. n. 7. 8.

ſo auch daſſelbe Recht noch weniger Supplicantiſchen Agnaten und Mitbelehnten den Rechten nach zugebilliget werden mag, da ſie das mit Lehnsſchulden beſchwerte Rittergut zur General- und Special-Subhaſtation und bis zu dem geſchloſſenen gerichtlichen Verkauf bringen laſſen, ohne daß ſie ſich deſſelben Rechts zu Abwendung der Subhaſtation in einem Ablaufe von 3 Jahren bedienet, gleichwohl aus der mit Rechtsbeſtande erkannten und vollſtreckten ſubhaſtatione neceſſaria des gedachten Guts, nicht allein ſämmtlichen Lehns-Gläubigern, ſowohl denen, die eine conſentirte Forderung, als auch denen, die ſonſt eine den Lehnrechten nach auf dem Lehne ruhende Schuld an Capital und Zinſen haben, ſondern auch dem gemeinen Schuldner und Lehnbeſitzer Carl von H., auf deſſen Nachſuchen zugleich die Hülfsvollſtreckung in die Subſtanz des Lehns erkannt worden, nicht weniger den Allodial-Gläubigern auf den Ueberſchuß am Kaufpreiſe des Lehns, weil hier der Fall einer von Mitbelehnten bloß auf Tilgung der Lehnsſchulden eingeſchränkten Veräuſſerung nicht vorhanden iſt, und eben ſowohl dem Käufer ſelbſt ein ſolches Recht erworben iſt, welches ihnen allen durch das bloß auf Bezahlung der conſentirten Lehnsſchulden eingeſchränkte Anerbieten nun nicht mehr entzogen werden kann,

11 vielmehr wenn 4) Supplicanten dieſes bloß zur Abwendung der Subhaſtation zuſtehende ius offerendi in ein Mittel die bis zum gerichtlichen Verkaufe gediehene Subhaſtation wiederum aufzuheben, zu verwandeln, und aus dem Grunde, daß die Subhaſtation durch die Adjudication die endliche Vollendung noch nicht erreicht, das ius offerendi in ſolchem Maaſſe geltend zu machen ſuchen ſollten, dennoch ſie deſſen, rechtlicher Art nach, anders nicht, als unter voller Erſtattung ſämmtlicher auf die Subhaſtation des Lehnguts ergangenen Koſten, und unter geleiſteter Befriedigung der ſämmtlichen Supplicaten in demjenigen, was ſie kraft der ſo weit gediehenen Subhaſtation und durch erfolgten Verkauf des Lehngutes im Wege Rechtes zu erhalten vermocht, theilhaftig werden könnten, ſie aber dem ungeachtet auf das ſequeſtrirte Rittergut, ſo lange deſſen jetziger Beſitzer lebt und der wirkliche Anfall des Lehns ſie nicht trifft, kein weiteres Recht, als was die mit Capital und Zinſen zu befriedigenden

Gläu-

Gläubiger an dem Gute und deſſen Früchten gehabt, dadurch zu erlangen berechtiget ſeyn würden, worauf gleichwohl der Supplicanten Suchen und Anerbieten nicht gerichtet worden;

Ueberdem 5) das von Supplicanten einen Zeitraum von drey Jahren hindurch beobachtete Stillſchweigen, ſchon deshalb, weil ſie die der conſentirten Lehnſchulden halber erkannte ſubhaſtationem neceſſariam anders nicht, als wenn ſie das Lehn von der Hypothek befreyen wollen, zu hindern befugt geweſen, eine ſtillſchweigend ertheilte Einwilligung in die Subhaſtation enthält, 12

Berlich deciſ. 98. num. 11. 12.

hergegen der Fall, da eines Stillſchweigens ungeachtet das Recht doch aufrecht erhalten werden können, hiebey nicht eingetreten, indem nicht bloß der Widerſpruch der Mitbelehnten, welche bereits in die Verpfändung des Lehns gewilliget, ſondern der Gebrauch jener Rechtswohlthat ihr Recht aufrecht zu halten und die Subhaſtation zu hindern vermogt,

Dieſem 6) hinzutritt, daß die der bewilligten Lehnſchulden halber geſuchte Hülfsvollſtreckung ins Lehn dem Geheimen-Rath von H. und Conſorten zur Erklärung und eben ſowohl die darauf verfügte Subhaſtation ihnen bekannt gemacht worden, und ungeachtet die Inſinuation ſolcher Notification erſterm nur allein geſchehen, dennoch dieſe nach dem Rechte der bey einer Klage einem jeden Conſorten zu inſinuirenden Ladung nicht, ſondern nach der in Lehns-Angelegenheiten in der 13

Fürſtl. Proc.-Ordn. tit. 3. §. 7.

enthaltenen Vorſchrift, nach welcher die Ladung, dem Beſitzer des Lehngutes, um ſolche bey getheilten Lehen den Miterben zu übermachen, inſinuirt werden ſoll, zu beurtheilen, bevorab der Geheime-Rath von H. ſchon in den, die geſuchte Einwilligung in die freye Veräuſſerung dieſes Lehns betreffenden Acten alles Namens ſeiner Brüder verhandelt hat,

Nicht zu gedenken 7) daß dieſe ihnen gerichtlich geſchehene Bekanntmachung der Subhaſtation des Lehns, bloß als eine, ihnen zum Vortheile gereichende Anzeige anzuſehen, welche den Rechten nach nicht ſchlechterdings erforderlich geweſen, da Supplicanten aus den öffentlich ergangenen General- und Special-Subhaſtations-Patenten zu dem Gebrauche ihrer eigenen Rechtswohlthat eine hinlängliche Wiſſenſchaft von der Subhaſtation, welche deren Verluſt nach ſich ziehet, 14

L. 6. L. 8. C. de remiſſ. pignor.

zu erlangen vermogt, am wenigſten aber das eingebrachte Einwenden, daß ſolche Notification nicht unter der Verwarnung daß ſie ſonſt pro conſentientibus zu halten, geſchehen, für ſtatthaft zu achten, da in Anſehung der von Supplicanten und deren Vorfahren in die Verpfändung des Ritterguts bereits ertheilten Einwilligung es einer beſondern Einwilligung in deſſen Subhaſtation nicht bedurft, 15

Bauer de hypoth. feud. absque agnat. contr. §. 25.
Horn in iurispr. feud. cap. 19. §. 9.

16 Wohlfolglich 8) dasjenige Recht, welches den Mitbelehnten bey einer der Allodial-Schulden halber bloß unter lehnsherrlicher Einwilligung erkannten gerichtlichen Veräuſſerung des Lehns auf den künftigen Lehnsanfall zuſtehet, in dem gegenwärtigen Falle, da das Rittergut L. auf Anſuchen der vorzüglichen Lehnsgläubiger in Rückſicht der von den Supplicanten und deren Vorfahren bewilligten Lehnsverpfändung und nach ertheilter Einwilligung des höchſten Lehnherrn zur Subhaſtation und gerichtlichen Verkauf gebracht worden, keine Anwendung leidet, ceſſat enim feudi reuocatio, ſi ob debita feudalia facta fuerit executio,

Martini in Comm. for. ad Ord. Proc. tit. 40. §. 6. n. 5.

Derowegen der Supplicanten gegen die Adjudication und Ueberlaſſung des Guts angebrachte Widerſpruch in allem Betrachte für ungegründet zu halten;

17 Woraus zugleich B) die von dem General-Major Freyherrn von R. gegen die anzunehmende Adjudication angebrachten Bedenken ihre rechtliche Erledigung erhalten, und derſelbe daher ſein Gebot auf das Gut durch baare Erlegung des Kaufgeldes zu erfüllen ſchuldig;

Immittelſt derſelbe bey der von Supplicanten gegen die Vollziehung des Verkaufs des Lehngutes zu den Acten gebrachten Proteſtation und deshalb geſuchten weiteren Gehörs, ſowohl aus den gemeinen Rechten

L. 24. C. de euict.

als auch vermöge der bey ertheiltem Gebote gemachten Bedingung, wornach er gegen die agnatiſchen Anſprüche auf den Todesfall des jetzigen Lehns-Beſitzers ſicher geſtellt zu ſeyn verlangt, einen nicht unerheblichen Grund für ſich gehabt, die rechtliche Erörterung des von den Supplicanten gemachten Widerſpruchs zu ſuchen, und dieſerhalb das Suchen des Anwaldes der von H—iſchen Gläubiger, ſo weit ſolches auf die Verzugszinſen gerichtet iſt, nicht ſtatt findet;

Uebrigens Supplicanten in Erwägung deſſen, daß ſie zu dem Widerſpruche gegen die Adjudication des der bewilligten Lehns- und anderer Schulden halber zur Subhaſtation und gerichtlichen Verkauf gebrachten Lehnguts keinen rechtlichen Grund für ſich gehabt, und das ius offerendi debita feudalia, als ein bloß zur Abwendung der Subhaſtation zugebilligtes Mittel, zur Wiederaufhebung der bis zum gerichtlichen Verkaufe vollendeten Subhaſtation in rechtlichen Mißbrauch gezogen, auch deſſen allen durch die ergangenen Fürſtlichen Regierungs-Beſcheide bereits bedeutet worden, die verurſachten Verſchickungs-Koſten allein zu tragen verbunden.

Als ſind wir, wie im Urtheile geſchehen, zu erkennen bewogen worden. 1788.

Num. 133.

DECISIO.

THEMA GENERALE.

De iure capitulorum circa bona ad obedientiam pertinentia.

Argvmenta specialia.

Sententia. n. 1.

Rationes dubitandi.

Obedientiae tamquam perſonae morales agere poſſunt, nec capitulum eorum nomine agere poteſt. n. 2.

Illae ipſae dominium directum feudorum inde dependentium exercent. n. 3. 4.

Reditus obedientiarum ad obedientiarium pertinent. n. 5.

Feudum cum conſenſu dom. directi alienatum, et deinceps ab agnatis reuocatum, ad emtorem redit ſi domino aperitur. n. 6.

Rationes decidendi.

Bona capitulorum licet certo beneficio ſpecialiter addicta ſint, manent in dominio capituli. n. 7.

Obedientiae itaque ad capitulum pertinent, nec obedientiario aliquid amplius quam vſusfructus competit. n. 8.

Idque in caſu obuio plenarie locum habere, demonſtratur. n. 9.

Nec obſtat quod obedientiario intuitu feudorum exercitium iurium domini directi competat. n. 10.

Capitulum itaque iure proprio iura obedientiae tueri poteſt. n. 11.

Etiamſi tantum de reditibus quaeritur. n. 12.

Alienatio feudi ab eo facta qui actu dominus vtilis non eſt, prorſus nulla eſt. n. 13.

Urtheil.

Auf eingewandte Rechtsmittel der reſtitutionis in integrum und querelae nullitatis und deren Deduction in Sachen des von M—iſchen curatoris bonorum et ad lites Beklagten jetzt Imploranten an einem und des Domcapitels zu Minden Klägers, jetzt Imploraten am andern Theile, in puncto Meyerzinſes erkennen Königlich ꝛc. ꝛc. für Recht:

Daß es der eingewandten Rechtsmittel ungeachtet bey dem unterm 30ten May 1787 eröffneten Urtheile billig verbleibet. V. R. w. 1

Zweifels- und Entſcheidungs-Gründe.

Obwohl Implorant A) die rechtliche Befugniß des Domcapitels zu Minden, den ſeit dem Jahre 1756 rückſtändigen Meyerzins von einer Hufe Landes, welche die von M. von der ausgeſtorbenen Familie von V. Meyersweiſe getragen, bey dem von 2

M—iſchen Concurſe einzufordern, bey der erſten Beſchwerde deshalb in Zweifel gezogen hat,

weil 1) daſſelbe den Grund der Klage darin geſetzt habe, daß gedachte Hufe Landes zu einem von dem Domcapitel zu Minden relevirenden Lehen der von V. gehöre, welches mit Ausgang der Familie von V. dem Domcapitel eröffnet worden ſey, gleichwohl hievon kein rechtlicher Beweis beygebracht ſey, indem darauf, daß die Obedienzien nach ihrer urſprünglichen Verfaſſung zu den Gütern der Stifter gehöret, deshalb keine weitere Rückſicht genommen werden möge, weil ſeit der Zeit des unter den Domherren üblich gewordenen getrennten Lebens denſelben die Stiftsgüter durch Vertheilung zu beſtändigen Pfründen zugeeignet und auch die Güter der Obedienzien dazu geſchlagen, und ſolchergeſtalt von den Stifts- und Capitels-Gütern abgeſondert worden ſeyen, weshalb nunmehr die Obedienzien als eigene Stiftungen und als moraliſche Perſonen zu betrachten, welche zu Ausübung der Rechte an den dazu geſtifteten und den damit verbundenen Gütern aus eigener Befugniß berechtigt ſeyen, in ſolchem Betrachte aber die Obedienz Gerboltzen allein zu dem lehnherrlichen Eigenthume an den den von V. zu Lehn eingegebenen Hufen Landes, und zu dem Rechte deshalb zu klagen für befugt zu halten;

3 Allermaßen 2) die zu den Acten gebrachten Urkunden ergeben, daß die 3 Hufen Landes, ſo die von V. unter ſich gehabt, von der Obedienz Gerboltzen zu Lehn gehen, und deshalb die Lehns Muthung bey jedem zeitigen obedientiario geſucht, und die Belehnung in deſſen Lehns-Curie empfangen und die Lehnwaare dahin entrichtet iſt, wie denn auch die von den Lehnshufen gebührenden Zins-Gefälle jährlich dahin abgereichet ſind, nicht minder von dem damaligen obedientiario von D. die Einwilligung in die Lehns-Auflaſſung, ſo Johann V. ſen. im Jahre 1675 in Anſehung der ſtreitigen Hufe Landes zu Gunſten des von M. gethan, ertheilet, und die darüber erwachſene Lehnsſtreitigkeit vor der Lehns-Curie dieſer Obedienz verhandelt worden iſt,

4 Wie dann auch 3) das V—ſche Lehn, nachdem die Vaſallen ausgeſtorben, nicht dem Domcapitel, ſondern der Obedienz Gerboltzen als Lehnherrn eröffnet, und davon der deutlichſte Beweis aus dem eigenen Anſuchen des Domcapitels beygebracht worden, indem ſelbiges dieſem zufolge die zeitigen Obedientiarios, von D. und von E. zu Stiftung ihres Angedenkens die Mindenſche Domkirche mit gedachtem Lehen zum Beſten der Fabrik-Caſſe wieder zu belehnen, gebeten, mithin dadurch daß dieſe Lehen der Obedienz und nicht dem Domcapitel ſelbſt eröffnet worden, anerkannt hat,

5 Aus ſolchem allem 4) die Folge ſich zu ergeben ſcheint, daß nur allein die Obedienz Gerboltzen, weil derſelben die Ausübung der lehnherrlichen Rechte an dem V—ſchen Lehne zuſtehet, die in Klage gezogene Forderung einzuklagen befugt, hergegen es dem Domcapitel an der Befugniß zu klagen ermangeln dürfte, bevorab nicht auſſer rechtlichen Betracht geſetzt werden mag, daß in dem gegenwärtigen Falle nicht über die von der Obedienz zu Lehn gehenden Hufe ſelbſt, ſondern über die Meyer-Gefälle, ſo die von M von derſelben an die von V. zu entrichten gehabt, und welche zu den Einkünften der Obedienz zu rechnen Klage erhoben worden;

In

In näherer Erwägung, daß wenn auch 5) das Recht eines obedientiarii bloß in dem Benutzungsrechte der Güter der Obedienz beruhet, dennoch auch demſelben das alleinige Recht auf die rückſtändigen und auf künftige Zins-Gefälle aus den zur Obedienz geſtifteten Gütern gebühre, und deshalb dem Domcapitel das behauptete Klagerecht aus einem daran habenden eigenen Rechte nicht beygelegt werden möge;

Demnächſt B) Implorant die zweyte Beſchwerde darin ſetzen zu können vermeinet, daß ohne auf die im Jahre 1675 ertheilte Belehnung Rückſicht zu nehmen, und des in dem von M—ſchen Concurſe ertheilten präcluſiviſchen Decrets ungeachtet, auf das in Klage gebrachte Suchen erkannt worden, immaßen ſoviel insbeſondere die erſtere betrifft, die Belehnung mit der befragten Hufe Landes, welche dem Landeshauptmann von M. von dem zeitigen Obedientiario von D. im Jahre 1675. nach vorhergegangenem Verkaufe des Joh. V. ſen. und dieſem gemäß geſchehener Lehns-Auflaſſung ertheilet worden, nur allein von Joh. V. iun. als nächſtem Agnaten angefochten, und auf deſſen Geſuch wieder aufgehoben, und dadurch nur in Anſehung deſſelben und deſſen Deſcendenten für ungültig und unkräftig im Jahre 1707 erkannt worden, ſolche Belehnung aber, nachdem nunmehr das männliche Geſchlecht der von V. gänzlich ausgegangen, diejenige Kraft wiederum gewinne, welche ſie aus dem mit dem Lehnsmanne unter lehnherrlicher Einwilligung geſchloſſenen Kaufcontracte von Anfang gehabt, in ſolchem Betrachte aber das Recht der von M. an der befragten lehnbaren Hufe Landes, nur ſo lange der revocirende Agnat mit ſeinen Deſcendenten gelebet, pro ſuspenſo zu halten geweſen, ſo wie ſolche im Fall daß die Einwilligung des näheren Agnaten hinzugetreten wäre, ihre urſprüngliche und bis auf das Jahr 1707 von jedem zeitigen Obedientiario anerkannte Gültigkeit behalten haben würde; 6

Dennoch aber und dieweil A) die Obedienz Gerbolzen und die dazu gewidmeten Güter in dem wahren Eigenthume des Domcapitels zu M. ſtehen, und dieſes deshalb Kraft eigenen Rechts zu der erhobenen Klage für befugt zu halten, 7

immaßen 1) die Obedienz Gerbolzen, nach dem Rechte aller Obedienzen, nicht allein nach der urſprünglichen Stiftung, wie Implorant eingeräumet, ſondern auch, nachdem ſie zu den Pfründen geſchlagen worden, in dem wahren Eigenthume des Domcapitels geblieben, indem die Vertheilung und Zueignung der Stifts-Güter zu den Pfründen nur allein den Unterſchied unter den gemeinen Stiftsgütern, welche zu der allgemeinen Benutzung des Domcapitels ausgeſetzt geblieben, und unter den beſonderen Gütern, welche zur anſtändigen Unterhaltung der Glieder des Stifts auf beſtändig ausgeſetzt worden, veranlaſſet, ſolcher Unterſchied aber die Rechte des Eigenthums an beyderley Arten der Stiftsgüter nicht verändert;

Und wie 2) dieſes die allgemeine Verfaſſung der teutſchen Domſtifter in Anſehung der ſogenannten bonorum capituli communium et particularium mit ſich bringet, ſo auch ein gleiches bey den Obedienzen ſtatt hat, welche als Güter des Stifts, zur Verbeſſerung der Pfründen geordnet, und gemeiniglich nach dem Optionsrechte den Gliedern des Capitels zugetheilet werden, hergegen im wahren Eigenthume des Stifts ſte- 8

ſtehen, einem Obedientiario aber daran ein mehreres nicht als das iure beneficii gebührende Benutzungs- und Verwaltungs-Recht zuſtehet, wie ſolches nach der gemeinen Verfaſſung der teutſchen Domkirchen zu Maynz, Cölln, Lüttich, Münſter, Paderborn, Osnabrück, Hildesheim, Magdeburg, Minden, Naumburg und Merſeburg von dem Maynziſchen geiſtlichen Rathe

Franc. Ant. Durr de Obedientiis et oblegiis eccleſiarum Cathedralium et collegiat. in Germania.

ausgeführet, und §. 15. bemerket worden, quod obedientiae, quarum ſaltem adminiſtratio olim canonicis conceſſa eſt, fuerint corpora a reliqua maſſa praebendali olim diſtincta; ſubſequentibus vero temporibus in ſupplementum praebendarum Canonicis in vſumfructum conceſſa ſint; quod porro obedientiarius, tanquam vſufructuarius bona ſarta tecta conſeruare, contractus circa rem vſufructuariam non niſi ad tempus durantis vſusfructus valide inire, nec ſucceſſori vſufructuario nec domino directo quauis ratione praeiudicare queat, et quod facultas condendi circa obedientias ſtatuta ſpectet ad capitulum,

9 Hiemit 3) das Verhältniß, worin die Obedienzen gegen das Domcapitel zu Minden ſtehen, übereinſtimmt, und ſolches nicht bloß auf dem von Bürgermeiſter und Rath der Stadt Minden ausgeſtellten und ſonſt der Verfaſſung der teutſchen Domcapitel angemeſſenen Atteſtate beruhet, ſondern auch durch das in Acten angeführte ſtatutum des Hochſtifts Minden vom Jahre 1230

in Lünigs Reichs-Archive T. 21. im Anhange p. 57.

bewähret wird, nach welchem ſchon im 13ten Jahrhunderte zehn Obedienzien als geſtiftete abgeſonderte und immerwährende Präbenden zu Verbeſſerung der Dom-Pfründen ausgeſetzt, und in dem von den obedientiariis dem Domcapitel zu leiſtenden ſacramento de indemnitate, obedientia et fideli adminiſtratione ſowohl das dem Domcapitel zuſtehende Eigenthumsrecht anerkannt, als auch die den Obedientiarien daran iure beneficii obliegende Verwaltung und Benutzung bezeichnet worden, wie dann in einem über die in Frage ſtehende Obedienz Gerbolzen oder Gherboldiſen im Jahre 1332 vom Domcapitel zu Minden errichteten Statute ſo unter mehreren über die Mindenſchen Präbenden errichteten Capitular-Verordnungen in

Würdtweinii ſubſidiis diplomat. iur. eccleſiaſt. Germ. tom. X. Num. 72. p. 108.

eingerückt iſt, der Unterſchied zwiſchen gemeinen Gütern des Domcapitels und den von dem Domcapitel zu einer Obedienz geſchlagenen Gütern zu erkennen gegeben wird, indem bey einem vom Domcapitel zur Obedienz Gerbolzen geſchlagenen Zehnten verordnet worden, daß wenn der zeitige Obedientiarius die daran vorbehaltene jährliche Abgabe von 2 Mark Mindenſchen Pfennigen dem Domcapitel nicht richtig bezahlen würde, der ganze Zehnten wieder zu den bonis communibus capituli gezogen werden ſolle;

Bey

Bey ſo bewandten Umſtänden aber 4) der Anſchein der von dem Imploranten an- 10
gebrachten Gründe ſich erlediget, indem einem zeitigen Obedientiario zwar iure beneficii die mit dem Benutzungs-Rechte verknüpfte Verwaltung und Ausübung der zur Obedienz Gerbolzen gehörigen Rechte an den drey lehnbaren Hufen zugeſtanden, und derſelbe in ſolchem Verſtande alle zum prodominio directo verfaſſungsmäßig gehörigen lehnherrlichen Rechte davon genießen, auch die auf erfolgte Lehnseröffnung eintretenden Wiederverleihungsrechte, jedoch unter der dazu erhaltenen Einwilligung des Domcapitels daran ausüben mögen, jedennoch dem Domcapitel nichts deſto weniger das wahre Eigenthum der Güter der Obedienz, und daher auch das lehnherrliche Eigenthumsrecht an der in Frage ſtehenden Hufe Landes zugeſtanden; damit auch nicht ſtreitet, daß das Domcapitel bey dem Vorhaben, die Einkünfte der erledigten Lehns-Hufen zu der Fabrik-Caſſe zu ſchlagen, die Einwilligung der zeitigen Obedientiarien nachgeſuchet, immaßen bey dem eigenen Rechte ſo dem Domcapitel an ſolchen Gütern zuſtehet, die ſtiftungsmäßige Verfaſſung doch die rechtliche Einſchränkung wirket, daß daſſelbe eine zum Nachtheil der zur Obedienz geſtifteten Güter abzielende Verfügung ohne Einwilligung des iure beneficii dazu berechtigten obedientiarii nicht unternehmen mag;

Solchemnach 5) das Domcapitel zu Minden, kraft des an den Gütern der 11
Obedienz zu Gerbolzen tragenden Eigenthumsrechtes mithin iure proprio und iure vniuerſitatis eccleſiaſticae und ohne allen weitern Beweis, die Rechte gedachter Obedienz, nach gleichem Rechte, als ſonſt eine landesherrliche Cammer die zu einem Amte geſchlagenen Gerechtſame, gerichtlich zu vertreten, und deshalb die erhobene Klage anzuſtellen berechtigt geweſen;

Dieſem auch 6) nicht entgegenſtehet, daß dieſe Klage bloß die rückſtändigen und künftigen Gefälle der zur Obedienz gehörigen Hufe Landes und zwar ſolche Gefälle betrifft, die nicht ſowohl die ausgeſtorbenen Vaſallen, die von V., an die Obedienz, ſondern die von M. nach Meyerrechte an die von V. abzugeben ſchuldig geweſen, allermaßen eines Theils die von der ſtreitigen Hufe zu leiſtenden Meyer-Gefälle, nachdem das nutzbare Eigenthum an ſolcher Hufe Landes nach Abſterben der von V., der Obedienz ſowohl, als dadurch zugleich dem Domcapitel zu Minden eröffnet iſt, nunmehr der Obedienz Gerbolzen zu leiſten ſind; andern Theils das Domcapitel zu Minden, ſowohl als Eigenthümer der Obedienz-Güter, als auch nach dem Vergebungs-Rechte der optirten Obedienzien die obedientiarios in dem Genuſſe der iure beneficii zu erhebenden Einkünfte gerichtlich zu vertreten, und als ein corpus eccleſiaſticum die ſeinen Mitgliedern ausgeſetzten und verliehenen Aufkünfte aus den Stiftsgütern ihnen zum Vortheile einzuklagen berechtigt iſt; wobey es eine exceptionem de iure tertii ausmacht, in welchem Maaſſe das Domcapitel die einzuklagenden Gefälle den Erben der ſchon abgegangenen Obedientiarien oder einem noch zeitigen obedientiario leiſten werde, als welches allein zu deſſen Rechten und Pflichten zu rechnen, gleichwohl da ſolches Recht ſo wenig von dem zeitigen obedientiario als von den Erben der abgegangenen Obedientiarien in Streit gezogen worden, Implorant ſolches Namens des Schuldners und der Debit-Maſſe zu beſtreiten nicht vermag;

An-

13 Anlangend B) die zweyte Beſchwerde aus den Acten erhebliche Gründe eintreten, weshalb auf die aus der Belehnung des Landeshauptmanns von M. im Jahre 1675 von dem Imploranten angebrachte Exception keine rechtliche Abſicht genommen werden können, immaßen

a) gedachte Belehnung im Jahre 1705 auf Anſuchen des Johann V. iun. und zwar, wie die Urtheils-Gründe ergeben, deshalb wieder aufgehoben worden,

weil Joh. V. ſen. der rechte Vaſall und dominus vtilis des V—ſchen Lehngutes nicht geweſen ſey, folglich dem von M., licet cum conſenſu domini directi keinen titulum validum geben können,

gleichwohl unter dem Falle, da ein Lehn von dem wahren Lehnmanne zum Nachtheile eines nicht einwilligenden Agnaten mit lehnherrlicher Einwilligung veräuſſert, und ſolches demnächſt nur in ſo weit als es ihm zum Nachtheile veräuſſert worden, revocirt wird, und unter dem hier eintretenden ganz verſchiedenen Falle, da der Veräuſſerer nicht der wahre Vaſall geweſen, ſondern nur in Abweſenheit des wahren Lehnsfolgers des Lehns ſine titulo ſich angemaaſſet hat, ein weſentlicher Unterſchied obwaltet, folglich durch den von demſelben anmaaßlicher Weiſe geſchehenen Verkauf des Lehnsſtücks und die dabey geſchehene Lehns-Auflaſſung, als den Grund der erfolgten Belehnung, überall kein Recht auf die von M. gebracht worden, noch auch ſolches nach Ausgang der Familie der von V., weil nach ſolcher Lage der Sache ihnen dergleichen aus einem nichtigen Kaufcontracte nicht erwachſen, reviviſciren mögen, da eine ſolche Reviviſcenz nur bey einem iure impedito et quieſcente, nicht aber in einem Falle wo es überall an einem Rechte mangelt, eintreten kann;

Bey einer ſolchen Lage der Sache aber b) ſo weit ſie aus den nur beygebrachten alten Actenſtücken zu beurtheilen iſt, auf die vom Imploranten daraus hergeleitete Exception in den vorigen Urtheilen um ſo weniger Rückſicht genommen werden mögen, als die von M. die ſtreitige Hufe Landes ſowohl vor dem Jahre 1675 als auch nach der 1707 aufgehobenen Belehnung nur iure colonario bis anjezt unter ſich gehabt, und in der unveränderten Verbindlichkeit, die Meyer-Gefälle davon an die Obedienz Gerbolzen, welcher das lehnbare Eigenthumsrecht an gedachter Hufe eröffnet worden, abzutragen, geblieben, dahergegen wenn die von M. aus der vormaligen und nachher aufgehobenen Belehnung vom Jahre 1675 einen wirklichen titulum feudi zu behaupten vermeinen, ſie ſolches gegen die Obedienz Gerbolzen oder das Domcapitel zu Minden mittelſt einer abſonderlichen Klage auszuführen haben, in ſolchem Betrachte auch ihnen dieſerhalb in den vorigen Urtheilen nichts aberkannt, ſondern nur darauf in ſo weit als Implorant Namens des von M—ſchen Concurſes daraus eine Exception gegen die eingeklagten Gefälle herzuleiten vermeinet, keine Rückſicht genommen worden;

Als ſind wir, wie im Urtheile geſchehen, zu erkennen bewogen worden. 1789.

Num. 134.

RESPONSVM.

THEMA GENERALE.
De probatione qualitatis feudalis.

ARGVMENTA SPECIALIA.

Species facti. n. 1.
Quaeſtiones. n. 2.

Rationes dubitandi.

Si vniuerſitas in feudum datur omnes pertinentiae pro feudalibus habentur. n. 3. 4.
Qualitas feudalis ſingularum pertinentiarum itaque probatione non eget. n. 5.
Separatio feudi ab allodio cauſa feudalis non eſt. n. 6.

Rationes decidendi.

Executio ſupponit rem iudicatam. n. 7.
Poſſeſſio quae ab executore nimis propere ablata eſt, reſtituenda eſt. n. 8.
Praeſumtio qualitatis feudalis non ſufficit vbi probatio plena praeſcripta eſt. n. 9.
Praeſumtio ex inueſtitura generali non ſufficit. n. 10.
Quae in dinumeramento feudali non continentur pro feudalibus haberi nequeunt. n. 11.
Pertinentiae feudi, feudales demum per inueſtituram fiunt. n. 12.
Caſtro in feudum dato, ea quae ad caſtrum pertinent tantum pro feudalibus habenda, non cetera quae cum eo coniuncta ſunt. n. 13.
Praeſumtio generalis pro qualitate allodiali a probatione liberat. n. 14.
Vis inueſtiturae mit der Herrlichkeit explicatur. n. 15.
Ob connexitatem cauſae ſeparatio feudi ab allodio in iudicio feudali peragenda eſt. n. 16.
Quaeſtionum deciſio. n. 17.

Rechtsgutachten.

Als uns eine Geſchichts-Erzählung nebſt einigen Fragen zu Ertheilung unſerer in den Rechten gegründeten Meinung zugefertiget worden; demnach erachten und erkennen wir nach fleiſſiger deren Verleſung und collegialiſch gepflogener Erwägung den Rechten gemäß zu ſeyn:

Iſt in der von dem Freyherrn Elmpt gegen den Reichsgrafen von Wolf Metternich zur Gracht in Anſehung des Hauſes, Schloſſes und Herrlichkeit Burgau angeſtellten Revocatorien-Klage vermittelſt des von dem Jülich- und Bergiſchen Oberappellations-Gerichte am 2. Jul. 1784 ergangenen Urtheiles rechtskräftig erkannt worden: 1

> daß gedachter Herr Graf von Metternich das Lehen Burgau mit deſſelben erweislichem Zubehöre, ausſchließlich jedoch noch zur Zeit der beyden Höfe Stockheim und Stegrath, cum perceptis a die litis conteſtatae nemlich vom 11ten Sept. 1754 abzutreten, gleichwohl auch die freyherrlichen Erbgenahmen

von Elmpt zur Rückgebung des von ihrem Großvater Wilhelm von Elmpt mit 3000 Thlr. empfangenen Vergleich-Schillings in der zur Zeit des Contracts geweſenen Währung mit den Zinſen vom 11ten Sept. 1754 welche bey Liquidirung der Percepten in Aufrechnung zu bringen, anzuweiſen;

Bey der Execution dieſes Urtheils hat der Graf von Metternich behauptet, daß da nach Inhalt des Lehn-Reverſal-Briefes vom Jahre 1461

das Schlos, Huys nnd Herlicheide Burchaw dazu dienende und gehörende, welch fürgenannt Huys und Schloß Burgaw, mit ſeinem Begriff, offen Huys der Herrſchaft vom Heynsberg ſeyn ſolle,

von der Herrſchaft Heinsberg zu Lehn gegangen, auch nur das Haus mit ſeinem Walle und Graben nebſt den aus der Gerichtbarkeit flieſſenden Nutzungen als lehnbar anzuſehen ſey, und die Immiſſion in die Gebäude nicht eher, als nach Erſetzung des Werths der Verbeſſerungen geſchehen könne, ſondern ihm bis dahin das ius retentionis zuſtehe: indeſſen hat jedoch der Executions-Commiſſarius, mehrerer Proteſtationen ungeachtet, die Freyherren von Elmpt in alles, was der Graf von Metternich in der Herrſchaft Burgau, und zum Theil auſſer derſelben an Wieſen, Ländereyen, Höfen, Waldungen, Mühlen, Zehnten ꝛc. ꝛc. beſeſſen, ohne den judicatmäßigen Zubehör-Beweis abzuwarten, immittiret;

Bey der hierüber von dem Herrn Grafen geführten gerichtlichen Beſchwerde, ergeben die Acten was deshalb von beyden Theilen vorgebracht und eingewandt worden, und erwachſen hierbey folgende Fragen:

2 1) Ob bey dieſer über die Grenzen des rechtskräftigen Urtheils ergangenen Execution der Reichsgraf von Metternich nicht vor allen Dingen in den vorigen Beſitz der Herrſchaft Burgau cum perceptis einzuſtellen ſey?

2) Welcher Theil in dieſem iudicio ſeparationem feudi ab allodio concernente, den Beweis der Lehn- oder Allodial-Eigenſchaft in Hinſicht der Aecker, Mühlen, Waldungen, Renten, Zehnten, Erb- und Grund-Pachten, Jagd, Fiſcherey, Wieſen, Bier- und Brannteweîn-Acciſe, Judenſchutz, Einzug Geld und Patronatrechts führen müſſe?

3) Ob nicht allenfalls das iudicium ſeparationem feudi ab allodio concernens als eine cauſa allodialis von dem Lehnhofe ab-, und zu der ordentlichen Stelle zu verweiſen ſey?

3 Ob nun wohl 1) die in die Herrſchaft Burgau und in deren ſämmtliche Pertinenzen verfügte Execution aus Gründen, die beſonders bey der zweyten Frage eintreten, eine Rechtfertigung zu erhalten ſcheinet, indem der über die Lehnsempfängniß von Burgau im Jahre 1461 ausgeſtellte älteſte noch vorhandene Lehn-Reverſal Brief ergibt, daß das Schloß, Haus und Herrlichkeit Burgau mit dem Beyſatze: alle dazu dienende und gehörende, zu Lehn gereichet und empfangen, hergegen keine Gattung der Pertinenzen dabey benannt worden,

gleich-

gleichwohl 2) aus der in alten Zeiten üblichen General-Belehnung eines Gutes mit Pertinenzen die Rechtsvermuthung eintreten will, das, was zu ſolcher Zeit zu den Pertinenzen des Lehns gehöret, für lehnbar ſo lange zu halten, bis das Gegentheil, und daß ſolche als Allodial-Zubehörungen zugekauft oder ſonſt erworben worden, erweislich zu machen, vbi enim vniuerſitas feudi eſt conceſſa et de pertinentiis, ad illud relatis, non conſtat, intentio pro qualitate feudi fundata eſt, donec is, qui ſeparationem allegat, probet, cetera bona eſſe ſua, et peculiari titulo quaeſita,

Ludolf ſymphor. Vol. I. conſ. 5. p. 127.
Mencke de probatione pertinent. feudal. §. 23.

ſolche Vermuthung auch bey Schlöſſern, die mit allem Zubehöre zu Lehn gereicht worden, eine gleichmäßige Anwendung gewinnet;

Struben vom Beweiſe der Lehnbarkeit §. 4. im 3. Theile der Nebenſtunden. p. 310. ff.
Phil. Carol. de Knigge de caſtri Germ. natura cap. 4.

Dannenhero 3) die in die Zubehörungen der Lehnsherrſchaft Burgau geſchehene Execution wenigſtens eine Rechtsvermuthung für ſich zu haben ſcheint, welche ſonſt nur durch den Beweis des Gegentheils, und daß dieſe Zubehörungen allodial ſind, abgelehnet werden mag; 4

Auch 4) ſolche Vermuthung Behuf der Execution für hinlänglich um ſo mehr zu halten ſeyn dürfte, weil in dem rechtskräftigen Urtheile vom 2. Jul. 1784 nur die beyden Höfe Stockheim und Stegrath ausgeſchloſſen worden;

überdem 5) die Freyherren von Elmpt ſich auf die unter ihren Vorfahren geſchloſſenen Handlungen bezogen, in welchen über ſolche Zubehörungen verſchiedene Verträge unter Brüdern und Agnaten geſchloſſen worden, woraus abzunehmen, daß ſie ſolche nebſt der Lehn Burgau in Beſitz gehabt;

übrigens 6) bey der zweyten Frage welche den Beweis der Lehnbarkeit betrifft, vornehmlich dieſes Bedenken eintreten dürfte, daß die vorangeführte Rechtsvermuthung, welche aus der in allgemeinen Ausdrücken ertheilten Belehnung des Hauſes, Schloſſes und Herrlichkeit Burgau mit Zubehör, für die Lehnbarkeit ſämmtlicher von den Vaſallen dabey benutzten Zubehörungen erwächſet, den Lehnsfolgern zu ſtatten zu kommen, und ſie ſo lange als die Allodial-Eigenſchaft ſolcher Zubehörungen nicht beygebracht iſt, von dem zu führenden Beweiſe zu befreyen ſcheinen will; 5

überhaupt 7) die Abſonderung des Lehns vom Erbe ihrer Art und Eigenſchaft nach eine cauſa allodialis iſt, und zur Erörterung des ordentlichen Gerichts gehört, 6

de Cramer obſ. iur. T. I. obſ. 393.

daraus aber, daß ſolche zur abſonderlichen Verhandlung zu verweiſen ſey, ein Anſchein erwachſen möchte;

Dennoch aber und dieweil A) das Urtheil vom 2. Jul. 1784 von deſſen Execution die Frage iſt, ſeinem deutlichen und beſtimmten Inhalte nach nur dahin gehet, 7

daß der Reichsgraf von Metternich das Lehn Burgau mit deſſen erweislichem Zubehöre den Freyherrn von Elmpt abzutreten ſchuldig erkläret worden, und daß daher das Lehn ſelbſt in dem Maaſſe abzutreten in iudicato beruhet, was aber zu dem Lehnszubehöre zu rechnen ſey, durch den Ausdruck: erweislichen Zubehör, auf den darüber zu führenden Beweis geſtellet worden, und um ſo mehr mit Beſtande geſtellet werden müſſen, weil dieſes, was unter die Lehnszubehörungen zu rechnen, weder unter beyden Theilen verhandelt, noch daher ein Gegenſtand der Entſcheidung worden;

Folglich wenn auch 2) die Execution des Urtheils aufs genaueſte beurtheilet, und dabey auf das angeführte ius retentionis, welches die beſcheinigten Meliorationen zum voraus ſetzet, und deſſen Beyſeiteſetzung eine wahre Beſchwerde begründen würde,

Wernher P. 5. obſ. 287.

keine Rückſicht genommen wird, dennoch ſolches weiter nicht als auf das Lehn Burgau, mithin auf Haus, Schloß und Herrlichkeit daſelbſt gerichtet werden können, weil die Execution ein iudicatum zum Grunde haben muß, dahergegen dasjenige, was zu den Zubehörungen des Lehnes zu rechnen, weil darüber überall noch kein Urtheil, noch weniger ein iudicatum vorhanden, kein Gegenſtand der Execution ſeyn können, executorem enim eum ſolum eſſe manifeſtum eſt, qui poſt ſententiam, inter partes, audita omni et diſcuſſa lite, probatam, rei iudicatae vigorem ad effectum adducit,

L. 8. C. de executione rei iudicatae.

und da nichts deſtoweniger die Execution auf Lehnszubehörungen gerichtet worden, es derſelben an der ſubſtantiellen Eigenſchaft ermangelt, ſolche auch gegen gedachtes iudicatum, worin ſolches erſt zum Beweiſe verſtellet iſt, geſchehen, mithin in allem Betrachte an einer Nichtigkeit leidet, da es mit den Rechten ſtreitet, ſi iudex nimis propere ante rem iudicatam ad executionem procedat,

L. 1. C. eod.

8 in ſolchem Falle aber die Wiedereinſetzung in den Beſitz desjenigen, was der nachſuchende Theil durch die Execution erlanget, gegen dieſen den Rechten nach zu erkennen iſt, cauſa non cognita enim deiectus non intelligitur, qui inordinato proceſſu eiicitur, ideoque pro ſpolio habetur, quod plenariam reſtitutionem exigit,

C. 7. X. de reſtitut. ſpoliat.
Mevius parte 8. dec. 386. per tot.

9 Dieſem allem 3) die vorangeführten Zweifel nicht entgegenſtehen, indem die Execution eines Urtheils, welches erweisliche Lehnszubehörungen zuerkennt, nicht auf Rechtsvermuthungen gegründet werden kann, ſondern den deshalb geführten Beweis und ein darüber erfolgtes rechtskräftiges Urtheil zum voraus ſetzt, allermaaßen

10 a) die ganze Kraft der Rechtsvermuthung, welche aus einer generellen Belehnung mit Pertinenzen, für die Lehnbarkeit der letztern erwächſet, ſchon an und für ſich bey

bey dem zu führenden Beweiſe darin beſtehet, um darnach, wem der Beweis der Lehnbarkeit oder der Allodial-Eigenſchaft der Pertinentien obliege, zu beſtimmen,

Struben vom Beweiſe der Lehnbarkeit l. c. §. 4.

ſodann b) dieſe Vermuthung in dem gegenwärtigen Falle nicht einmal eine rechtliche Anwendung leidet, weil in dem älteſten Lehnbriefe vom Jahre 1461 Haus, Schloß und Herrlichkeit zu Burgau zu Lehn gegeben, und das dazu dienende und gehörende durch die gleich unmittelbar folgenden Worte:

welch fürged. Huys und Schloß Burgau mit ſeinem Begriff ofen Hueß der Herrſchaft von Heynsberg ſeyn ſoll,

in dem Maaſſe erkläret wird, daß in dieſen Worten der Begriff des Schloſſes in ſeinen Mauren, Wall und Graben und was zu deſſen Vertheidigung dienet und gehöret, gemeynet ſey, indem nach der Natur dieſes feudi caſtri cum iure aperturae unter dem benannten Begriffe oder Umfang keine andere Zubehör als was zum Zweck der Vertheidigung dienen mag, angedeutet ſeyn kann;

noch mehr aber c) ſolche Auslegung durch den in facto angeführten Umſtand erhärtet wird, daß nach der Praxis der Jülich- und Bergiſchen Lehncammer jeder Vaſall über die Pertinenzen des Lehns vor der Belehnung befragt wird, und die vormaligen Vaſallen auf die Frage: ob zu Burgau auch Wieſen, Ländereyen und Waldungen, Höfe und dergleichen gehören? die Antwort dahin ertheilet, daß nur Haus und Herrlichkeit lehnrührig ſey, mit ſolcher Antwort auch der Lehnhof ſich begnüget, und die Belehnung ertheilet; ein dergleichen von dem Lehnshofe ohne Widerſpruch angenommenes Lehns-Verzeichniß aber bey dem Beweiſe der Lehnbarkeit der Lehnszubehörungen deshalb von Wichtigkeit iſt, weil die Lehnbarkeit auf dem zwiſchen Lehnherrn und Vaſallen eingegangenen Lehns-Contracte beruhet und daraus die ſpecielle Vermuthung entſpringet, daß, was in dem Lehns-Verzeichniſſe, welches das Lehns-Denombrement genennet zu werden pflegt, nicht enthalten iſt, auch für lehnbar ſo lange nicht zu halten, als nicht das Gegentheil erwieſen iſt, 11

Struben l. c. §. 16.

dinumeramenta feudalia enim in quaeſtione de ſeparatione bonorum feudalium vel allodialium vel maxime inſeruiunt ad probationem eorum, quae feudalia ſint vel allodialia;

Gabr. Schweder de dinumeramentis et reuerſalibus feudi §. 16. 17. 18.

Demnächſt 4) darüber, was zu den Pertinenzen von Burgau gehöre, in den Acten noch zur Zeit keine Verhandlung vorgefallen, und die Lehen Stockheim und Stegrath als beſondere von der Grafſchaft Heinsberg abhangende Lehen in dem Urtheile vom 2. Jul. 1784 bloß deshalb ausgenommen ſind, weil der Punct: ob die Vorfahren derer von Elmpt ſolche in Lehn und Beſitz gehabt, annoch in Rechtsſtreite befangen iſt; 12

überhaupt 5) daraus, daß die vormahligen Vaſallen verſchiedene Grundſtücke bey dem Schloſſe Burgau beſeſſen, ſolche auch zu Pertinenzen des Lehns gewidmet,

 die

die lehnbare Eigenſchaft derſelben nicht gefolgert werden kann, da es in freyer Macht eines Vaſallen beſtehet, Allodialſtücke zur Pertinenz eines Lehnes zu widmen und dieſe die Eigenſchaft einer Allodial-Pertinenz eines Lehns behalten,

Struuius in ſyntag. iur. feud. cap. 6. aph. 10. n. vlt.

hergegen die Lehenbarkeit einer Pertinenz des Lehns nur dadurch, wenn die Pertinenzen mit dem Lehne entweder zu Lehn verliehen oder dem Lehnherrn zu Lehn aufgetragen worden, begründet werden kann, folglich wenn in den Verträgen der Brüder oder Agnaten, die eben ſowohl über Lehn, als über Allodialſtücke und Allodial-Pertinenzen geſchloſſen werden können, der mit dem Schloſſe übertragenen Grundſtücke als Pertinenzen gedacht ſeyn ſollte, ſolches bey dem Beweiſe der Lehnbarkeit einer Pertinenz für unerheblich ſo lange zu halten, als die Lehnbarkeit dieſer Pertinenzen nicht beygebracht worden;

13 Demnächſt B) ſoviel den obliegenden Beweis der lehnbaren oder Allodial-Eigenſchaft der Zubehörungen von Burgau betrifft,

1) Klägern in dem Urtheile vom 2. Jul. 1784 das erweisliche Zubehör von Burgau, mithin alles dasjenige, was ſie als lehnbar zu beweiſen vermögten, zuerkannt, dadurch aber die auf ihrer Seite ruhende Obliegenheit des Beweiſes zum Grunde gelegt worden;

ſolches auch 2) mit Beſtande Rechtes erkannt iſt, weil hier nicht der Fall vorhanden, daß eine vniuerſitas mit Zubehör zu Lehn gereicht iſt, bey welcher ſonſt die Vermuthung für die Lehnbarkeit der zur Zeit der Belehnung vorhanden geweſenen Zubehörungen eintritt, und vom Beweiſe befreyet, ſondern die im Jahre 1461 ertheilte Belehnung das Haus, Schloß und Herrlichkeit Burgau betrifft, und erſteres mit den dazu dienenden und gehörenden, die weſentlichen Zubehörungen des Schloſſes ſeu ea quae ad defenſionem et tuitionem caſtri deputata ſunt, in ſich faßt,

Schweder de clauſula inueſtiturae feud. cum omnib. pertinentiis eiusque effectu §. 23. in tom. I. diſſ. pag. 349.

darneben aber die zur Natur eines Schloſſes nicht gehörigen Grundſtücke an Aeckern, Mühlen, Waldungen, Zehnten, Erb- und Grundpachten, Fiſcherey und Wieſen, als welche nur durch beſondere Verleihung und Verträge, wie davon ein Exempel in

Boehmeri conſ. et deciſ. T. I. P. 2. arg. 58.

vorkömmt, mittelſt deutlicher Benennung zu Lehn gegeben werden, nicht begriffen ſind, qui enim tradit caſtrum cum pertinentiis, non videtur ſimul tradidiſſe praedia aut molendina aliasque res particulares,

Schweder l. c.
Roſenthal de feud. c. 12. concl. 15. n. 35. 43.

ſi ergo dominus, vel quod perinde eſt, ſucceſſor feudalis non probet, ſyluas, agros, prata, eſſe feudalia, ſolum caſtrum cum turribus, muris et foſſibus feudum eſſe praeſumitur;

Schwe-

Schweder de dinumeramentis feudal. §. 18. T. I. diſſ. p. 781.
Klock T. 3. conſ. 157. num. 65.

ſolches auch 3) in dem gegenwärtigen Falle durch die bereits vorhin ad num. 3) 14
angeführten Gründe um deſto mehr erhärtet wird, da der Lehnhof bey der Belehnung mehr nicht, als was die Worte des Lehnbriefes beſagen, auf die von den Vaſallen auf ihre Pflicht geforderte Anzeige, ohne Widerſpruch zu Lehn gereichet, mithin die allgemeine Vermuthung für die Allodial-Eigenſchaft, den Beſitzer bey ſolchen Zubehörungen, die anders nicht, als zufälliger Weiſe, mittelſt einer beſtimmten Verleihung bey einem Schloſſe ein Zubehör ausmachen, von dem Beweiſe befreyet;

Demnächſt 4) der im Lehnbriefe enthaltene Ausdruck der Herrlichkeit Burgau, 15
ſowohl die Regalien, welche ihrer Eigenſchaft nach von der landesherrlichen Verleihung abhängen, als auch beſonders die hohe und niedere Gerichtbarkeit andeutet,

Harpprecht de euolutione clauſulae: mit der Herrlichkeit §. 30.

und daraus zugleich die Vermuthung für die Lehnbarkeit der Bier- und Brannteweins-Acciſe und des Judenſchutzes, dafern beſcheinigt werden mag, daß die Vaſallen im Jahre 1461 ſolche beſeſſen, vorwaltet, immittelſt weder bey dem Judenſchutze, nach denen von

Puſendorf in obſ. iur. vniv. tom. II. obſ. 1.

ausgeführten Gründen, noch auch bey der Bier- und Branntewein-Acciſe als einer in ſpätern und zu verſchiedenen Zeiten eingeführten Art der Abgabe in teutſchen Provinzen,

Moſer von der Landeshoheit in Steuerſachen C. 14. §. 10. bis 26.

die Vermuthung gefaßt werden mag, daß dieſe Rechte zu Burgau im Jahre 1461 bereits eingeführt, mithin unter der Belehnung begriffen geweſen, bevorab nach erfolgter Einführung dieſer Abgaben auch die von Adel dergleichen Abgaben durch bloſſes Herkommen hergebracht,

Klock de contributionib. claſſ. 4. ord. 420. et claſſ. 17. ord. 1346.

Dahergegen 5) unter der Herrlichkeit weder das Jagdrecht, als welches nach al- 16
ten Rechten und Sitten Teutſchlands in den Zeiten des 15ten Jahrhunderts noch als acceſſorium fundi et ſyluae angeſehen worden,

Struben in vindic. iur. venandi cap. 1. et 2.

noch auch die Erb- und Grund-Pachten und das Einzugs-Geld, als gutsherrliche Rechte, noch weniger das Patronatrecht, als ein von der Stiftung der Kirche abhängendes Recht

C. 25. X. de iure patronat.

begriffen ſeyn können, und für dieſe Rechte daher, ſofern ſie auf den Allodial-Grundſtücken, und nicht auf dem Schloſſe Burgau und deſſen Umfange haften, die gemeine Vermuthung für deren Allodial-Eigenſchaft vorwaltet;

übri-

übrigens wenn gleich c) die Frage über Abſonderung des Lehns vom allodio an und für ſich eine cauſa allodialis iſt, ſie in gegenwärtiger Sache nicht allein als ein Incidentpunct anzuſehen, welcher ex cauſa connexitatis mit der Hauptſache in eben demſelben foro zu verhandeln, ſondern auch darüber bereits in dem Urtheile vom 2. Jul. 1784 in dem Ausdrucke, mit erweislichem Zubehör, erkannt worden, und daher der Beweis darüber nur allein vor den Lehngerichten geführet werden kann:

Als halten wir ſolchem allem zu Folge auf vorſtehende Fragen den Rechten nach dafür:

17 daß 1) darunter, daß die Execution in die vermeintlichen Zubehörungen des Lehns Burgau vollſtrecket worden, die Grenzen des rechtskräftigen Urtheils überſchritten worden und ſolche für rechtsbeſtändig nicht zu halten und daher wieder aufzuheben, und der Herr Reichsgraf von Metternich in den vorigen Beſitz cum perceptis wieder einzuſetzen,

daß auch 2) dem klagenden Theile bey der zu erörternden Abſonderung des Lehns vom Erbe, der Beweis der Lehnseigenſchaft in Anſehung der Aecker, Mühlen, Waldungen, Renten, Zehnten, Erb- und Grundpachten, Jagd, Fiſcherey, Wieſen, Einzugsgeld und Patronatsrecht obliege, hergegen in Anſehung der Bier- und Brantweins-Acciſe und des Judenſchutzes, wenn Kläger zuförderſt beygebracht, daß dieſe zur Zeit der Belehnung im Jahre 1461 bey dem Lehne Burgau beſeſſen worden, die Vermuthung daß ſelbige unter der verliehenen Herrlichkeit begriffen ſind, ſo lange eintrete, bis das Gegentheil, daß ſolche in ſpätern Zeiten zu Burgau erworben worden, dargethan werden kann; im übrigen

3) das Erkenntniß über die Abſonderung des Lehns vom allodio in gegenwärtiger Sache dem Lehnhofe zuſtehet. 1788.

Num. 135.

RESPONSVM.

THEMA GENERALE.
De foro vxoris.

ARGVMENTA SPECIALIA.

Species facti. n. 1.
Quaeſtio. n. 2.

Rationes dubitandi.

Forum mariti etiam forum vxoris eſt. n. 3.
Vxor domicilium voluntarium non ſortitur. n. 4.
Maritus absque vxoris conſenſu domicilium mutare poteſt. n. 5.
Vxor tamen ſub foro mariti eſt etſi ipſa proprium forum habeat. n. 6.
Vxor maritum domicilium mutantem ſequi debet. n. 7. 10.
Vxor itaque in foro mariti recte conuenitur. n. 8.

Rationes decidendi.

Ob priuilegium de non euocando ciuis Francofurtenſis in cauſis perſonalibus in foro extraneo conueniri nequit. n. 11.
Vxor absque conſenſu mariti iura ciuitatis acquirere poteſt. n. 12.
Citatione litis pendentia et praeuentio inducitur. n. 13. 14.
Vxor quae absque iuſta cauſa maritum ſequi recuſat pro malitioſa deſertrici habenda eſt. n. 15.
Iudex fines excedit qui de cauſa non inſtructa cognoſcit. n. 16.
Contumax non eſt qui citatus non eſt. n. 17.
Quaeſtionis deciſio. n. 18.

Rechtsgutachten.

Als uns Privat-Acten in Sachen des Churfürſtlich Maynziſchen Raths und Agenten J. P. zu Höchſt an einem wider deſſen Ehefrau A. H. in Frankfurt Beklagte am andern Theile nebſt einer Deduction und einer Frage zugeſandt, und wir darüber unſere in den Rechten gegründete Meinung zu ertheilen gebeten demnach erachten wir den Rechten gemäß zu ſeyn.

Hat vorbenannter Kläger nachdem er ſein Bürgerrecht zu Frankfurt den 9ten I
Jan. 1769 aufgekündigt, und ſein domicilium zu Höchſt errichtet hat, gegen ſeine Ehefrau vor einer Churfürſtlich Maynziſchen Regierungs-Commiſſion Klage erhoben, und in ſelbiger gebeten ſie dazu, daß ſie ihm nach ſeinem neuen Wohnort folgen ſollte, anzuhalten und in deſſen Nichtbefolgungs-Fall, gegen ſie ex capite malitioſae deſertionis zu verfahren,

Hat hingegen dieſelbe gegen dieſe Klage und gegen die darauf zu leiſtende Einlaſſung theils durch die exceptionem fori, weil ſie den 7ten Sept. 1768 das Bürgerrecht zu Frankfurt gewonnen, theils durch die exceptionem litis pendentiae ſich deshalb zu ſchützen geſucht, weil ſie ſchon vorher gegen ihren Ehemann theils wegen Abſonderung der Güter, theils der Eheſcheidung wegen zu Frankfurt Klage erhoben, und iſt darauf auf erfolgte Verſendung der Acten ein von der Juriſten-Facultät zu Marburg geſprochenes Urtheil dahin ergangen:

> daß Beklagte bewandten Umſtänden nach vor der Churfürſtlich Maynziſchen Regierungs-Commiſſion zu ſtehen und ſich vor derſelben einzulaſſen nicht ſchuldig ſey, es iſt aber Klägern dafern er die Beklagte rechtlichen Anſpruchs zu entlaſſen nicht gemeint dieſelbe in Frankfurt zu belangen unbenommen, oder im Fall die Beklagte vorhin eine Eheſcheidungs-Klage angeblicher maßen in Frankfurth erhoben haben ſollte und dieſe demſelben gebührend mitgetheilt worden, iſt er ſich darauf einzulaſſen und zu antworten pflichtig.

Gegen dieſes Urtheil hat Kläger Appellation eingewandt und folgende Beſchwerden aufgeſtellt,

daß 1) die Beklagte in ſeinem foro ſich einzulaſſen nicht ſchuldig erkannt, und ihm nur nachgelaſſen worden dieſelbe zu Frankfurt zu belangen oder im Fall

2) die Beklagte ſchon vorhin eine Eheſcheidungs-Klage angeblicher maßen in Frankfurt erhoben haben ſollte, und ihm dieſelbe gebührend mitgetheilt worden, er ſich darauf einzulaſſen und zu antworten pflichtig erkannt ſey

Da nun die Beklagte in iudicio appellatorio ſich noch nicht eingelaſſen hat, ſo wünſchet derſelbe in den Rechten darüber belehrt zu ſeyn

2 Was für ein Urtheil nach gegenwärtiger Lage der Sache, dafern die Beklagte contumax bleiben ſollte, er allenfalls zu gewärtigen haben möchte:

3 Ob nun wohl 1) die von dem Kläger erhobene Klage auf zwey Puncte und zwar theils darauf, daß die Beklagte Klägern als ihrem Ehemann nach Höchſt zu folgen ſchuldig, theils eventualiter und im Weigerungs-Falle auf die Aufhebung der Ehe ex capite malitioſae deſertionis geſtellt worden

Und ſo viel 2) den erſten Klagepunct betrift die Klage ſowohl überhaupt als auch in dem neuen foro des Klägers vor Churfürſtlich Maynziſcher Regierungs-Commiſſion für ſtatthaft zu halten, inmaßen in den Rechten gegründet iſt, daß das forum des Ehemanns auch in Anſehung ſeiner Frau forum competens ſey, und daß dieſe, nach Vorſchrift der Geſetze durch die Ehe allein in das forum mariti trete; vxor enim per ipſam conditionem matrimonii in forum mariti tranſit

L. 65. D. de iudiciis.

et forum vxoris ex perſona mariti ſtatuitur

L. 13. C. de dignitat.
L. vlt. §. 3. D. ad municipal.

Die

Dieſem zu Folge 3) das domicilium vxoris nicht voluntarium ſondern neceſſarium iſt, weil ſolches nicht von der Wahl und Willen der Ehefrau, ſondern von der Verordnung der Geſetze in dem Maaſſe abhängt, daß durch die von ihrem Ehemann geſchehene Veränderung des domicilii auch das domicilium und forum vxoris verändert wird, ex perſona enim mariti mutatur domicilium vxoris 4

L. 13. C. de dignitat.

cum ipſa etiam inuita ex iuris neceſſitate mariti domicilium ſequatur

Lauterbach de domicilio §. 20.
Carpzov in proc. iur. tit. 3. art. 1. n. 52.

Solchemnach 4) da das forum vxoris welches ſie ex perſona mariti gewinnt als ein forum neceſſarium anzuſehen, daraus eines Theils ſo viel ſich ergibt, daß in den Entſcheidungs-Gründen des vorigen Urtheils mit Beſtand nicht behauptet werden können, daß die Veränderung des domicilii mariti von dem Beyrath und der Einwilligung der Ehefrau abhange und daß das forum vxoris aus dem Ort wo die Ehe geſchloſſen ſey tamquam ex loco contractus zu beurtheilen als welches der Verordnung der 5

L. 65. D. de iudiciis.

offenbar entgegen iſt.

Andern Theils 5) darauf es nicht ankommt, ob die Beklagte das Bürgerrecht in der Stadt Frankfurt gewonnen, indem ſie nichts deſto weniger dem neuen foro des Klägers deswegen unterworfen worden, weil dieſes als ein forum neceſſarium nicht von ihrem Willen ſondern von der Verordnung der Geſetze abhängt und an und für ſich nichts hindert, daß eine Ehefrau wenn ſie auch ein beſonderes forum erhalten dennoch zugleich unter dem foro ihres Ehemannes zu ſtehen verbunden bleibt, 6

Dieſem zu Folge 6) es eine eben ſo gegründete Verbindlichkeit der Ehefrau iſt, ihrem Ehemann bey verändertem domicilio zu folgen, als ſolche auf wahren Gründen der göttlichen und menſchlichen Rechte beruht und daher die Rechtslehrer zur Regel annehmen quod vxor ob indiuiduae iam contractae ſocietatis indiſſolubile vinculum ſequi teneatur maritum domicilium mutantem niſi praegnantes cauſae interueniant 7

Petr. Heigius quaeſt. illuſtr. P. 2. qu. 14. per tot.
Richter dec. 9.
Struuius in ſynt. iur. ciuil. ex. 29. th. 56. ibique *Müllerus* in not. vlt.

Und wie nun 7) hierauf der erſte Klage-Punct vornehmlich gerichtet iſt, ſo auch daraus die Folge ſich zu ergeben ſcheint, daß die Beklagte auf dieſe Klage in des Klägers foro ſich einzulaſſen verbunden ſey, bevorab es den Anſchein gewinnt, daß die Beklagte das Bürgerrecht in der Stadt Frankfurt ohne Einwilligung des Klägers nicht gewinnen können, allenfalls aber ſolches in Anſehung der erhobenen Klage deshalb unnachtheilig verbleiben müſſe, weil ſie nichts deſto weniger dem foro neceſſario domicilii mariti unterworfen verbleibt, 8

Endlich 8) wenn gleich die Beklagte exceptionem litis iam pendentis vorgeſchützt dennoch Kläger abgeleugnet daß die Eheſcheidungs-Klage ehe und bevor er das Bürgerrecht in der Stadt Frankfurt aufgeſagt, gegen ihn angeſtellt worden, vielmehr daß er ſolche Klage durch die exceptionem fori incompetentis abgelehnt habe, vorgeſtellt hat,

Solchemnach 9) daß die Beklagte auf erhobene Klage wenigſtens in Anſehung des erſten Klage-Punctes ſich zuvörderſt einzulaſſen, und die Urſachen aus welchen ſie ihrem Ehemann zu folgen nicht ſchuldig zu ſeyn vermeine, zum rechtlichen Erkenntniß in dem daſigen foro zu verſtellen ſchuldig ſey, hingegen daß wenn ſie in appellatorio ſich nicht weiter einlaſſen ſollte, gegen ſie in contumaciam erkannt werden könne, es das Anſehen gewinnt,

9 D. a. u. d. 1) die Entſcheidung der gegenwärtigen Sache nach der Lage der Acten von der eingewandten exceptione fori et litis pendentis abhängt und ſo viel erſtere betrift hiebey zwar mit allem Grund zu behaupten iſt, daß Beklagte durch das von dem Kläger veränderte domicilium unter deſſelben neues forum getreten und deshalb die in den erſten ſechs Zweifels-Gründen enthaltenen Gründe auf ihrem Rechtsbeſtande beruhen

10 Jedennoch 2) der in dieſem foro erhobenen Klage entgegen ſteht, daß die Beklagte als Bürgerin zu Frankfurt zugleich ein forum priuilegiatum gewonnen hat, und ſelbige in dieſer Hinſicht durch die der Reichsſtadt Frankfurt ertheilten Kaiſerlichen priuilegia de non euocando dahin begünſtigt iſt, daß ſie in perſönlichen Klagen, darunter die erhobene Klage unſtreitig gehört, vor auswärtige Gerichte nicht gezogen werden kann, ſondern ſolche Klagen gegen ſie vor den Gerichten der Stadt Frankfurt anzuſtellen ſind, auch bey dem concurſu des doppelten Gerichtsſtandes, welchen ſie theils als Ehefrau in dem Wohnorte ihres Mannes nach der Vorſchrift der gemeinen Rechte, theils als eine Frankfurtiſche Bürgerin durch das vorher angenommene Bürgerrecht gewonnen, das letztere, weil es mit obgedachtem priuilegio verſehen iſt, dem erſtern vorgeht,

11 Hierwider auch 3) das Einwenden des Klägers, daß die Beklagte gedachtes Bürgerrecht ohne ſeine Einwilligung nicht gewinnen können, dieſem deshalb nicht zu ſtatten kömmt, weil eines Theils die Beklagte ſolches noch zu einer Zeit erlangt hat, da Kläger ſelbſt Bürger zu Frankfurt geweſen, und ſein Bürgerrecht noch nicht aufgekündigt gehabt, andern Theils daß eine Beyſaſſin zur Erlangung des Bürgerrechts der Einwilligung ihres Mannes nöthig habe, mit Beſtand ſich nicht behaupten läßt, überhaupt aber der Rechtsbeſtand des von ihr erlangten Bürgerrechts eine cauſam ſeparatam ausmacht welche in dieſer Rechts-Angelegenheit und in dieſem foro in keine Erörterung und Entſcheidung gezogen werden kann,

12 Hiernächſt ſo viel 4) die exceptionem litis pendentiae betrift, Kläger in der Deduction ſelbſt anführt, und die angelegte Klage zeigt daß ſeine Ehefrau unterm 28ten Dec. 1768 eine Güter-Abſonderungs-Klage vor dem Rathe der Stadt Frankfurt gegen ihn erhoben und dieſelbe deren Grund auf die Urſachen aus welchen ſie ihm nach

Höchſt

Höchſt zu folgen nicht ſchuldig zu ſeyn vermeint, ſowohl in der extrahirten Klage als in der angeführten Replik gerichtet hat,

Gleichwohl 5) dieſe Klage durch das Schöffen-Decret dem Kläger zur Vernehmlaſſung communicirt und bis zur Replik bereits verhandelt worden und dadurch ſchon in Anſehung der in Klage ſtehenden Frage ob Beklagte Klägern nach Höchſt zu folgen ſchuldig und ſie die Abſonderung der errungenen Güter zu ſuchen berechtigt ſey, lis pendens et praeuenta vorhanden iſt, cum lis pendens et praeuentio litis ſola citatione inducatur

Clem. 2. vt lite pend. nihil innov.
L. 7. D. de iudiciis.
C. 19. X. de foro comp.
Pütter de praeuentione c. 4. in opuſc. p. 70.

Folglich 6) ohne darauf zu ſehen, daß Kläger in ſeinem unterm 18ten Sept. 13
1769 errichteten Teſtament

den zwiſchen ihn und ſeiner Ehefrau obſchwebenden anmaßlichen Theilungs- und Conſiſtorial-Proceß

gegen ſie mit allen Kräften zu betreiben ſeinen Erben aufgelegt, ſchon aus der Eigenſchaft der erhobenen Theilungs- oder ſo genannten Abſonderungs-Klage, die von dem Kläger angebrachte erſte Haupt-Beſchwerde unerheblich iſt, und derſelbe darunter eine ſententiam reformatoriam zu erlangen keine in den Rechten gegründete Hofnung für
ſich hat, vielmehr, da bey der zu Frankfurt rechtshängigen Abſonderungs-Klage bloß 14
darauf, ob Beklagte erhebliche Urſachen Klägern nach Höchſt nicht zu folgen für ſich anzuführen vermag, es ankommt, dem Kläger beſſer gerathen iſt, dieſe Sache daſelbſt im Wege Rechtes auszumachen, da er daſelbſt eben ſowohl das beneficium transmiſſionis actorum zu genieſſen hat; und wenn zuvörderſt der Punct ob die Beklagte ihm zu folgen verbunden ſey, entſchieden iſt, alsdann dieſelbe mit dem angenommenen Bürgerrecht gegen die ehelichen Pflichten ſich weiter nicht ſchützen kann, ſie vielmehr bey anhaltender Verweigerung einer malitioſae deſertionis ſich ſchuldig macht

Hiernächſt ſo viel 7) des Klägers zweyte Beſchwerde betrift darin daß derſelbe in 15
dem vorigen Urtheile auf die zu Frankfurt erhobene Klage ſich einzulaſſen und zu antworten ſchuldig verurtheilt iſt, von den Richtern über die Gränzen der richterlichen Befugniß herausgegangen iſt, indem eine Einlaſſung in alia cauſa, und ohne Einſicht der darüber verhandelten Acten zu nehmen mit Beſtand Rechtes nicht auferlegt werden können, mithin dieſe Beſchwerde gegründet iſt,

Uebrigens ſo viel 8) die angezogene contumaciam der Beklagten betrift, aus 16
den Acten nicht erhellt, daß dieſelbe zur Publication des vorigen Urtheils citirt worden, und ohne vorhergehende Citation und deren rechtliche Inſinuation keine contumacia begangen noch auch ein Urtheil rechtsbeſtändig publicirt wird

L. 4. C. de ſent. et interlocut.

folglich wenn auch in cauſa appellationis von neuem die transmiſſio actorum ad impartiales in contumaciam verfügt werden ſollte dennoch der Rechtsbeſtand dieſes Verfahrens dem vorangeführten Bedenken ausgeſeßt verbleibt

17 Als halten wir in Erwägung aller in den Acten angeführten Umſtände dafür: daß wenn auch acta in contumaciam für beſchloſſen angenommen werden ſollten, dennoch Kläger nach der Lage der Sache keine in den Rechten gegründete Hofnung für ſich hat in Anſehung des erſten grauaminis eine ſententiam reformatoriam zu erhalten vielmehr das Urtheil dahin ausfallen werde, daß in Anſehung des erſten grauaminis es bey dem vorigen Urtheile zu laſſen, in Anſehung des 2ten grauaminis aber das auf Einlaſſung auf die zu Frankfurt erhobene Klage gerichtete Erkenntniß als hieher nicht gehörig wieder aufzuheben ſey.

Num. 136.

DECISIO.

THEMA GENERALE.

Contra abſentem (einen Verſchollenen) ad priuationem feudi ob neglectam inueſtiturae renouationem agi non poſſe.

ARGVMENTA SPECIALIA.

Sententia., n. I.

Rationes dubitandi.

Vaſallus qui ad accipiendam inueſtituram citatus eſt nec comparuit, ſe eo quod curator antea iam inueſtitus fuerit, excuſare nequit. n. 2.

Vaſallus qui renouationem feudi negligit et citatus contumax eſt, feudo priuatur. n. 3.

Abſens vsque dum LXX annos exceſſit pro viuo habetur. n. 4.

Vbi ipſius vaſalli praeſentia deſideratur non ſufficit curatoris comparitio. n. 5.

Succeſſor in feudo ad ſucceſſionem non prius admittitur quam de morte abſentis conſtat. n. 6.

Rationes decidendi.

Aduerſus abſentem (*einen Verſchollenen*) iudicium inſtitui nequit. n. 7.

Praeſumtio enim, abſentem viuere, ratione bonorum in commodum eius, non ratione perſonae in detrimentum eius vim habet. n. 8.

Contra mortuum neque iudicis datio neque ſententia valet. n. 9.

Cauſſae abſentiae, et vtrum abſentia laudabilis ſit necne in tali caſu non ſpectantur. n. 10.

Inueſtitura pupilli nomine a tutore obtenta, eandem vim habet ac ſi ab ipſo vaſallo impetrata fuiſſet. n. 11.

Pro abſente in curia feudali curator conſtitui poteſt. n. 12.

Ur-

Urtheil.

Auf Klage und Ungehorſams-Beſchuldigung in Felonie-Sachen des beſtellten Lehns-fiscals, J. G. G., Klägers an einem, entgegen und wider den ſeit langen Jahren abweſenden und angeblich in auswärtigen Kriegsdienſten ſtehenden Veſten, Johann Peter Albrecht von Z. auf dem V., Beklagten am andern Theile, ſo die Herren uns in den deshalb ergangenen und andern beygelegten, hiebey zurückgehenden Acten zu Ertheilung eines Rechtsſpruches zugefertiget;

Sprechen wir nach fleiſſiger deren Verleſung und collegialiſch gepflogener Erwägung für Recht:

Daß die Klage, vorkommenden Umſtänden nach, und da Johann Peter Albrecht von Z. als ein Verſchollener zu achten, gegen denſelben nicht ſtatt hat, dahergegen es bey dem von deſſen Vormunde, weiland Georg Wilhelm Freyherrn von G. Namens deſſelben am 19ten Novemb. 1776. erhaltenen Lehnsempfängniſſe noch zur Zeit verbleibet. V. R. w. 1

Zweifels- und Entſcheidungs-Gründe.

Obwohl der abweſende Johann Peter Albrecht von Z. auf dem V. zum Lehnsempfängniſſe der auf ihn verfälleten, und vom Herzoglichen Lehnhofe rührenden Lehne zu U. E. und A. auf dem 15ten Jun. 1787, um in beſagtem Termine vor der herzoglichen Regierung und Lehnscurie zu ſolchem Behufe in Perſon unausbleiblich zu erſcheinen, mittelſt der unterm 12. Dec. 1786 ergangenen Edictal-Citation, deren in den Zeitungen geſchehene Bekanntmachung aus den Acten erhellet, peremtoriſch vorgeladen worden; 2

Gegen ſolche Auflage auch ihm nicht zu ſtatten kommen dürfte, daß der ihm zugeordnete Vormund, der nunmehr verſtorbene Freyherr Georg Wilhelm von G. zu St. auf ſolchen Lehnsanfall am 19ten Nov. 1776 nach Maaßgebung des Lehnsſcheins in deſſen Namen bereits beliehen und die Lehnspflicht von ihm in deſſen Seele geleiſtet worden, da in der unterm 10ten Aug. 1787 ertheilten hochfürſtlichen Regierungs-Reſolution zum Grunde gelegt iſt, daß der nurgedachten ihm in ſeiner Minderjährigkeit aus beſonderer Gnade und Nachſicht durch ſeinen Vormund ertheilten Belehnung ungeachtet, er nach erlangter Volljährigkeit die Lehen in Perſon zu empfangen und den Lehnseid in Perſon abzulegen ſchuldig, wobey Kläger auch auf das vom Lehnhofe ausgeſtellte Atteſtat daß nach der Obſervanz des daſigen ſächſiſchen Lehnshofes der Vaſall die Lehen in Perſon, und nicht per mandatarium zu empfangen ſchuldig und gehalten, dieſes auch unumgänglich nothwendig ſey, ſich bezogen;

Nachdem hergegen der abweſende von Z. auf ſolche Ladung in dem peremtoriſch anberaumten Termine zum Lehnsempfängniſſe nicht erſchienen, Kläger ſolches bey der gegen ihn erhobenen fiscaliſchen Klage zum Grunde der begangenen Felonie angeführt, und das Suchen auf den dadurch gewirkten Verluſt der vorgedachten vom hochfürſtlichen Lehnshofe zu Lehn gehenden Lehne nicht ohne Anſchein gerichtet, da ſonſt in den 3

Rech-

Rechten gegründet iſt, daß ein Vaſall, wenn er die Lehen in der geſetzlichen Friſt gebührend nicht erneuert oder ſonſt auf die an ihn gerichtete peremtoriſche Ladung zum Lehnsempfängniſſe vor dem Lehnshofe nicht erſcheinet, der Lehne für verluſtig erkannt werden könne,

II. F. 24. pr. et §. 1.

4 und dann bey des Beklagten in jüngern Jahren eigenmächtig unternommenen und durch ſo viele Jahre ohne gegebene Anzeige des Orts ſeines Aufenthaltes, fortgeſetzten Entfernung weder eine erhebliche noch auch eine nothwendige Urſache ſeiner Abweſenheit ſich annehmen läßt, und wenn er auch immittelſt für verſchollen zu halten, er dennoch, ſo lange ſein Abſterben nicht beygebracht worden, oder er das gewöhnliche Ziel des menſchlichen Lebens von 70 Jahren noch nicht erreichet, nach der hergebrachten Rechtsvermuthung noch immer für lebend zu halten iſt;

5 Dabey auch ferner auf das von dem fürſtlich Bambergiſchen Geheimten-Rathe und Oberſtallmeiſter Anton Joſeph von W. kraft führender und von hochlöblicher Reichsritterſchaft Orts Gebürge aufgetragenen curae abſentis, zu den Acten gebrachte Anerbieten, die Lehen Namens ſeines abweſenden Euranden zu empfangen, keine rechtliche Abſicht genommen werden mögen, da eines Theils durch das unterm 28ten Dec. 1778 an den Lehnhof ergangene herzogliche Reſcript daß pro futuro Vaſallen, welche bereits einmal in Perſon die Lehnspflicht präſtirt haben, ohne erhebliche beſcheinigte Urſachen von dem perſönlichen Erſcheinen nicht diſpenſiret, in dem Falle aber da die Vaſallen das vaſallagium noch gar nicht in Perſon präſtiret haben, ohne herzogliche ſpecielle Erlaubniß zu Ablegung des vaſallagii per mandatarium nicht admittirt werden ſollen, verfügt worden, welches letztere der gegenwärtige Fall iſt, andern Theils die cura abſentis, ſo weit ſie die vom herzoglichen Lehnhofe herrührende Lehen betrift, zur lehnsherrlichen Verfügung des herzoglichen Lehnshofes allein gehöret, und ſchon deshalb dem obgedachten Anerbieten mittelſt der unterm 10ten Aug. 1787 ertheilten Regierungs-Reſolution nicht ſtatt gegeben worden;

6 Eben ſo wenig das von Amalien Johannen Chriſtinen Charlotten von Z. zu B. geb. von H. Namens ihres Sohnes Johann Friederich Wilhelm von Z. pro admiſſione ad terminum angebrachte Suchen hiebey in rechtlichen Betracht kommen kann; da dieſelbe zu Folge der Regierungs-Reſolution vom 2ten Aug. 1785 ſich noch nicht beſſer ad cauſam legitimiret, noch auch von dem Abſterben des Beklagten ein beglaubtes Zeugniß beygebracht, ſofern aber dieſer annoch für lebend zu halten, deſſen angegebenes Lehnsfolgerecht von der Felonie-Klage abhänget;

Solchem allem nach und da Beklagter auf die erhobene Klage und auf die zur Einlaſſung auf dieſelbe ſub poena confeſſi et conuicti gegen ihn erkannte und gehörig bekannt gemachte Ladung in termino nicht erſchienen, es den rechtlichen Anſchein gewinnet, daß auf die deshalb von Klägern angebrachte Ungehorſams-Beſchuldigung dem Geſuche der Klage gemäß zu erkennen geweſen;

Den-

Dennoch aber und dieweil die acta feudalia von 1785 und 1786 ergeben, daß 7
Johann Peter Albrecht von Z. zu B. ſeit geraumer Zeit, dergeſtalt abweſend geweſen, daß auch das Gerücht von deſſen Abſterben ſich verbreitet, und er in ſolchem Betrachte ſchon als verſchollen angenommen, auch von herzoglicher Regierung aus oberlehnsherrlicher Obſorge die von ihm unter ſich gehabten und vom hochfürſtlichen Lehnhofe zu Lehn relevirenden Lehnſtücke zu U. E. und A. auf jedes Ereigniß in Beſitz und ſub curam feudalem gezogen, auch deshalb dem bisherigen Vormunde des abweſenden von Z. dem Freyherrn von G. die Adminiſtration derſelben zu übertragen die Abſicht genommen worden, und ſolches nur durch deſſen Abſterben vereitelt worden;

Unter ſolchen Umſtänden aber gegen den verſchollenen von Z. ein Verfahren im
Wege Rechtes mit Beſtand nicht angeſtellet werden können, allermaßen, wenn gleich 8
ein Verſchollener bis deſſen Abſterben erwieſen wird, oder derſelbe das hohe Ziel des menſchlichen Lebens von 70 Jahren erreichet hat, der Rechtsvermuthung nach, für lebend annoch zu halten iſt, dennoch ſolche Vermuthung nur in Rückſicht der Güter des Verſchollenen, und um dieſe für ihn zu erhalten, und ſie unter öffentliche Verwaltung und curam zu ziehen, angenommen iſt,

Carpzov P. 3. c. 15. def. 48.

Schilter ex. 15. §. 75.

hergegen ſolche Vermuthung bey einem Verſchollenen, deſſen wirkliches Leben oder Abſterben in völliger Ungewißheit beruhet, weiter als in Beziehung auf ſein Vermögen, und in Anſehung ſeiner Perſon und der von ihm abzuleiſtenden perſönlichen Pflichten weder in den gemeinen noch auch in den Lehnrechten begründet, noch gegen ihn und
in Rückſicht perſönlicher Verbindlichkeiten in Anwendung gebracht werden, wohlfolglich 9
auch in Anſehung ſolcher Lehnspflichten, welche das wirkliche Leben und zum mindeſten eine ſittliche und rechtliche Beymeſſung vorausſetzen, gegen einen Verſchollenen nicht verfahren werden mag, weil ſelbiger bey allen für deſſen Leben angenommenen Vermuthungen wirklich bereits verſtorben ſeyn kann, und die Rechte verſehen, contra eum, qui in rebus humanis non eſt, neque iudicis dationem valere, neque ſententiam aduerſus eum dictam vires habere;

L. 2. D. quae ſententiae ſine appell. reſcindantur.

Derowegen die gegen den verſchollenen von Z. erhobene Felonie-Klage, weil die 10
darin zum Grunde gelegte Lehnsfehler das wirkliche Leben des Verſchollenen dergeſtalt zum voraus ſetzet, daß ohne deſſen Wirklichkeit anzunehmen, keine Art der Beymeſſung, ſich in Anwendung bringen läßt, für ſtatthaft nicht zu halten;

allermaßen davon, daß man gegen bloß Abweſende verfahren und bey ihnen Urſachen der Abweſenheit, ob ſie erheblich oder nothwendig ſind, in Erörterung ziehen kann, auf Verſchollene, von deren wirklichem Leben keine Anzeige oder Nachricht ſich auffinden läßt, keine Anwendung gemacht werden kann;

Immittelſt der verſchollene von Z. durch den ihm zugeordneten Vormund den 11
Freyherrn von G., in ſeiner Unmündigkeit und nachher bey mehreren eingetretenen

Veränderungs-Fällen und beſonders bey dem ihn wirklich betroffenen Anfall der ſämmtlichen Lehen am 19ten Nov. 1776 von herzoglichem Lehnhofe die Belehnung, unter der in ſeine Seele abgelegten Lehnspflicht, empfangen, welche in ſeinem Namen empfangene Belehnung nach gemeinen Lehnrechten, und ehe das erſt nachher unterm 28ten Dec. 1778 ertheilte vorangeführte herzogliche Reſcript ergangen, die gleiche rechtliche Wirkung gehabt, als wenn er ſelbſt in Perſon die Lehn empfangen hätte, nam inueſtitura pupilli nomine a tutore obtenta idem praeſtat, ac ſi ab ipſo pupillo impetrata fuiſſet, adeo vt vaſallus, maior factus, nec ad iusiurandum fidelitatis denuo praeſtandum obſtrictus ſit, nec inueſtiturae renouatione opus habeat,

Püttmann in element. iur. feud. §. 388.

ſolcher Grund auch den verſchollenen von Z. gegen die nach Abſterben ſeines Vormundes wider ihn zur perſönlichen Lehnsempfängniß ergangene Edictal-Vorladung zu ſtatten kommen muß, und daher bey ſolcher Belehnung es noch zur Zeit das rechtliche Bewenden behält;

12 Dahergegen das Abſterben des nurgedachten Vormundes nur ſoviel zu wirken vermocht, daß von dem herzoglichen Lehnhofe die oberlehnherrliche Obſorge auf die curam feudalem der von demſelben relevirenden Lehnſtücke ſowohl Behuf der aus den Lehnsfrüchten zu berichtigenden Schulden des Verſchollenen, als auch in Rückſicht der ſich angebenden Lehnsfolger genommen werden mögen, beſonders da auch ein auf die Lehnsfolge in obgedachten Lehnen gerichtetes Suchen im Namen des von dem verſchollenen von Z. in angeblicher Ehe erzeugten und in Churſächſiſchen Kriegsdienſten ſtehenden Sohnes Johann Friedrich Wilhelm von Z. zu B. bereits ad acta gebracht, ſowohl auch die ihm auferlegte Legitimation in Anſehung der nicht unerheblichen Urkunden, annoch zur rechlichen Erörterung ausgeſetzt worden, wobey zwar in Anſehung deſſen daß die Legitimation deſſelben noch nicht berichtiget iſt, der Zulaſſung deſſelben zu dem Verfahren bey dieſer Klage es nicht bedurft, wenn gleich dem Anwalde deſſelben in termino zu erſcheinen, vermöge der Reſolution vom 20 Nov. 1787 unbenommen gelaſſen worden, ſolche Klage auch vorkommenden Umſtänden nach ihm unnachtheilig verblieben, im übrigen, ſofern er ſich gebührend zu legitimiren vermag, er in ſolchem Betrachte zur cura abſentis vorzüglich für berechtigt zu halten;

Carpzov l. c.
de Pufendorf T. 4. obſ. 84.

Als ſind wir, wie im Urtheile geſchehen, zu erkennen bewogen worden. 1788.

Bayerische StaatsBibliothek
Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Böhmer, Georg Ludwig,

Georg Ludwig Böhmers Weiland Königlich Großbrittannischen und Churfü
rstlich Braunschweig-Lüneburgischen geheimen Justitzraths, ersten
Professors der Rechte und Ordinarius der Juristen-Facultät auf der
Universität zu Göttingen auserlesene Rechtsfälle, aus allen Theilen der
Rechtsgelehrsamkeit nach dessen Tode gesammlet und herausgegeben [von C. W.
Bd.: 2,1

Göttingen (1800)

4 Decis. 20 d-2,1
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10349033-7
VD18 80340199